Digitized by the Internet Archive
in 2016

https://archive.org/details/institutionumimp02vinguat

ARNOLDI VINNII,

J. C. AVCTORIS DAMNATI,

CVM EXPVRGATIONE VERO PERMISSI,

IN QUATUOR LIBROS

INSTITVTIONVM IMPERIALIVM COMMENTARIVS

ACADEMICVS ET FORENSIS,

Correctus ſecundùm Indicem expurgatorium Sanctiſſimæ INQVISITIONIS HISPANIÆ, Anno 1707. publicatum.

EDITIO RECENTISSIMA AC EMENDATISSIMA, *cui præter Auctoris* NOTAS *Commentario adjunctas, accedunt ejuſdem*

QVÆSTIONES JVRIS SELECTÆ,

Duobus Libris incluſæ, cum Indicibus locupletiſſimis.

TOMUS SECUNDUS.

UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN
BIBLIOTECA DE
Guatemala, C.A.

NORIMBERGÆ,

Sumptibus JOHANNIS FRIDERICI RÜDIGERI.

MDCCXXXIV.

ARNOLDI VINNII, J. C.
IN LIBRUM TERTIUM
INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS
Academicus & Forenſis.

TITULUS I.
D. lib. 38. t. 16. C. lib. 6. t. 55 & 58.
N. 118.
De hæreditatibus, quæ ab inteſtato deferuntur.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.

DECURSIS omnibus ſupremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad inſtitutam de univerſitate bonorum acquirenda diſputationem. Ex quatuor hujus generis acquiſitionis modis, propoſitis §. *ult. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* eum primo explicandum ſuſcepit, per quem hæreditas nobis obvenit. Obvenire vero nobis dixit vel ex teſtamento, vel ab inteſtato. Quoniam igitur de hæreditate ex judicio defuncti acquirenda hactenus ſolum tractavit, cujus ſemper prior & potior cauſa eſt; *l. 39. de acq. hær. l. 89. de reg. jur.* quod reliquum eſt ad tractationem iſtam abſolvendam, de hæreditate legitima, ſeu ea, quæ lege ab inteſtato defertur, pertexere prius voluit, quam ad cæteros per univerſitatem acquirendi modos tranſitum faceret. Hæreditates, quæ ab inteſtato deferuntur, eædem paſſim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hæreditatum ſibi proprium fecerunt, licet teſtamentaria quoq; hæreditas dici poſſit lege obvenire, *l. lege 130. de verb. ſign.* Sed illæ ſolæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediate & proxime deferuntur à lege, & à lege ſola abſq; voluntate defuncti; cum teſtamentariam non ipſa lex deferat, ſed delatam à teſtatore confirmet duntaxat, *d. l. 130.* Hinc etiam hæredes legitimi & teſtamentarii paſſim opponuntur, *l. 3. §. 2. pro ſoc. l. 17. §. 1. l. in plurium 70. l. illud 77. de acq. hær. l. 2. & tot. tit. de ſuis & legit. hær.* Succeditur ab inteſtato vel ingenuis, vel libertis De ingenuorum ſucceſſione tra 2
ctat priore loco: deinde ſucceſſione libertorum, & demum *tit. 8.* Hoc autem titulo ſolum agitur de ſucceſſione deſcendentium ſive liberorum, quorum in cauſa ſucceſſionis legitimæ prima ſemper ratio habita. Cum autem varia ſint liberorum genera, & pro varietate eorum varia quoque jura ſuccedendi ab inteſtato, eo ordine hic proceditur, ut primi, & ſtatim poſt deſcriptionem inteſtati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipſos liberos obtinebant, aut potius ſoli in cauſa ſucceſſionis liberi habebantur, ſui ſc. hæredes. Inde §. *9.* tranſitur ad ſucceſſionem emancipatorum. Poſtea §. *pen.* commemoratur mutatio juris circa liberos adoptivos. Ad extremum diſcrimen vetus ex maſculis & fœminis deſcendentium tollitur. Quæ mu-

mutatio jure noviſſimo in ſucceſſione ab inteſtato facta ſit *Nov. 118.* in unoquoque ordine ſuccedentium; ſuo quæque loco indicabimus, ubi res id poſtulare videbitur: & denique totum illud jus accuratius tractabimus ſeorſum, adjectis inſtitutis patriis; poſt explicationem tituli de *ſucceſſ. cogn.* qui hujus libri quintus.

TEXTUS.

Definitio inteſtati.

Inteſtatus decedit, qui aut omnino teſtamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum, irritumve factum eſt; aut ſi ex eo nemo hæres extiterit.

NOTÆ.

INTESTATUS DECEDIT] Ex Ulp. *l. 1. de ſuis & legit.* Inteſtatorum hæreditates nomen legitimarum ſibi proprium fecerunt, propterea quod immediate à lege deferuntur, *l. 130. de verb. ſign.* Impuberes quoque, furioſi, & prodigi ſuos ſucceſſores ex lege habent, & ad hos etiam vox *inteſtatus*, licet minus proprie, refertur *d. l. 2.*

COMMENTARIUS.

1. *An appellatio inteſtati etiam ad pupillum, furioſum, prodigum pertineat.*
2. *Appellatione rupti quid hic ſignificetur.*
3. *Quando ſucceſſioni ab inteſtato locus teſtamento irrito facto.*
4. *De teſtamento deſtituto.*

1 DEſcriptio eſt inteſtati, cui ſimilis Ulpiani in *l. 1. pr. de ſuis & legit.* Ait, *qui aut omnino teſtamentum non fecit.* Teſtamentum non feciſſe atque inteſtato mortuus eſſe dicitur non ſolum is, qui non fecit teſtamentum, cum facere potuerit: verum etiam is, qui cum civis Rom. eſſet, & ſui juris, propter ætatem aliamve cauſam teſtari non potuit, ut pupillus, furioſus, prodigus, *d. l. 1. pr.* quamvis ſi quis captare velit verbum *inteſtatus*, non videantur hi proprie dici inteſtati: ſiquidem ubi habitus non eſt, non poteſt eſſe privatio. Sed cum duo tantum genera ſucceſſionum jus civile agnoſcat, ex teſtamento, & ab inteſtato; cui ſynonyma ex lege, & impuberes quoque, furioſi, & prodigi ſuos ſucceſſores ex lege habeant, vox *inteſtatus*, ut forte minus proprie, ex ſententia tamen legum accipienda fuit, non utique pro negatione *privante*, ſed pro negatione, quæ à Philoſophis *negans* dicitur. Adde quod tametſi ipſi non poſſunt, poſſunt tamen parentes iis teſtamentum facere. Succeſſorum impuberum ab inteſtato mentio eſt in *l. 4. §. 3. qui pet. tut. l. 9. de reb. dub. l. vel ſingulis 37. de vulg. & pup. l. 6. C. ad Tertyll. l. 10. C. de legit. hær.* Quamobrem dubitandum non eſt, quin recte ſentiant, qui cum Bart. in *d. l. 1. de ſuis & legit.* ſtatuta de ſucceſſione inteſtati loquentia ad ſupradictas quoque perſonas pertinere ſtatuunt: Conſule Forſter. *lib. 3. de hær. quæ ab inteſt. c. 4.*

Non jure fecit] Puto quod legitimum numerum teſtium non adhibuerit, aliasve ſolennitates, quæ ad ordinanda teſtamenta neceſſario deſiderantur, omiſerit; aut quod liberos, quos in poteſtate habebat, hæredes non inſtituerit, aut exhæredaverit, ſecundum ea, quæ tradita ſunt libro ſuperiore, *tit. de exhær. lib.*

Ruptum] Rumpi teſtamentum proprie dicitur, 2
cum teſtatore manente in eodem ſtatu jus teſtamenti vitiatur, *§. 1. ſup. quib. mod. teſt. inf.* Ex duobus vero modis, quibus teſtamentum rumpi docemur, *l. 1. de injuſt. rupt. teſt. d. §. 1. cum ſeq.* unus tantum huc pertinet; agnatio ſui hæredis: nam mutatione voluntatis teſtatoris aliud teſtamentum poſtea facientis, etſi prius quidem etiam rumpitur, tamen ei non ſucceditur ab inteſtato, ſed hæreditas defertur ex poſteriori. [illegible] mutatio voluntatis, in qua teſtator ſubſiſtit, puta ſi tabulas teſtamenti inciderit, ſcripturam deleverit, cancellaverit, ſigna avulſerit, inteſtatum eum facit, *tit. de his quæ in teſt. del. l. 1. §. pen. ſi tab. teſt. null. ext. l. pen. C. de teſtam.* Reſciſſo quoque teſtamento per querelam inofficioſi paterfa. inteſtatus fit: ac retroverſus perinde omnia habentur, ac ſi hæreditas nunquam adita eſſet, *l. 6. § 1. l. 21. §. 2. de inoff. teſt. l. ut liberis 17. Cod. de collat.* idemque eſt, ſi petita bonorum poſſeſſio contra tabulas, *d. l. ut liberis.* De quo fortaſſis alibi diligentius.

Irritumve factum] Si teſtamentum irritum factum in ſpeciali ſignificatione accipimus, nempe pro teſtamento, quod per teſtatoris capitis deminutionem infirmatum eſt, quo modo fere accipi ſolet, cum opponitur teſtamento rupto; *§. 4. & 5. ſup. quib. mod. teſt. inf. l. 12. de injuſt. rupt.* non video, quomodo id ad quæſtionem propoſitam applicari queat: nam capitis deminutione teſtatoris, qualiſcunque ea ſit, non tantum irritum fit teſtamentum, quod antea factum eſt: ſed per eam etiam perſona teſtatoris in eum ſtatum deducitur, ut ſimul jus teſtamenti faciendi amittat, atque adeo bona quoque ipſa, ut nec hæredem ab inteſtato habere poſſit. Quod ſi reſpicimus caſum, quo capite minuti mutata iterum conditione bona & hæredem habere poſſunt, veluti ſi deportatus beneficio Principis reſtitutus ſit, adrogatus ſui juris iterum factus; atque ita deceſſerint non condito novo teſtamento: ne ſic quidem pro inteſtatis habentur, ſaltem jure prætorio: nam reſtitui quidem teſtamentum etiam citra novam declarationem voluntatis convaleſcit, *l. 6. §. pen. de injuſt.* 3
rupt.

rupt. ſi ſui juris effecti, ſi codicillis aut aliis literis declaraverit, ſe eo teſtamento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere, *l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab.* ut proinde, ſi verba, uti dictum eſt, ſtricte accipimus, unus tantum caſus relinquitur, qui huc accommodari poſſit, ſi is, qui ſui juris poſtea effectus, voluntatem, quam irritam fecerat capitis deminutio, recenti aliquo judicio non reſuſcitaverit. Quid ſi dicamus, de irrito additum propter jus civile, quo hæreditas ex teſtamento, quod ſemel irritum factum eſt, nullo caſu defertur? Sane cauſam non habet Bachovius, cur cautius Tribonianum loqui velit, quam locutus eſt Ulp. *in d. l. 1. de ſuis & leg. hær.*

Nemo hæres extiterit] Etiam id teſtamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet, *§. 2. ſup. quib. mod. teſtam. inf. l. 9. de teſtam. tut.* ac proinde non adita hæreditate paterf. retroverſus inteſtatus de-
4 ceſſiſſe intelligitur, *l. 64. de verb. ſign.* Hoc autem caſu in ſpecie dicitur teſtamentum deſtitui aut deſeri, *§. 7. inf. eod. §. 2. ſup. de leg. Falc. l. ult in fin. de cond. inſt.* nonnunquam etiam irritum fieri, ut *in l. 1. de injuſt. rupt. l. 20. cont. tabb. l. 50. de man. teſt.* & tamen ab irrito, ſtrictius accepto vocabulo, diſtinguitur in *d. l. 1. de ſuis & leg. hær.* unde hic locus deſcriptus eſt. Itaque ſine cauſa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod deſtitutum teſtamentum hoc loco ſeparat ab irrito. In tranſitu obſervetur, etſi utroque modo fiat, ut inteſtatus deceſſiſſe quis intelligatur, & is, cujus teſtamentum poſt mortem deſeritur, & cujus teſtamentum ipſo adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis & effectu ſuccedendi inſignem inter hunc & illum modum eſſe differentiam: quam videbimus in §. *cum autem 7. inf. eod. & §. proximus 6. tit. ſeq.*

TEXTUS.

Primus ordo ſuccedentium ab inteſtato.

1. *Inteſtatorum autem hæreditates ex lege duodecim tabularum primum ad ſuos hæredes pertinent.*

COMMENTARIUS.

NOn reperitur inter reliquias legis duodecim tabularum caput aliquod, quo, mortuo patrefamilias inteſtato, ſui hæredes nominatim ad ſucceſſionem vocantur. Ceterum non ambigo, quin proprio etiam capite & ſeparatim de hac ſucceſſione caverint decemviri, *arg. §. 2. ſup. de hær. qual. & diff. l. 3. Cod. de ſuis & legit. lib.* & quidem mox immediate poſt legem teſtamentariam: quod mihi non obſcure oſtendere videtur caput legis de ſucceſſione agnatorum, quod extat apud Ulpianum *in fragm. tit 26.* in hæc verba: *At ſi inteſtatus moritur, cui ſuus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primum enim verba hæc, *At ſi inteſtatus*, arguunt, paulo ante cautum fuiſſe de ſucceſſione teſtamentaria, confirmataſque defunctorum voluntates, data cuique patrif. libera teſtandi poteſtate; quæ legis illa particula eſt relata his verbis à Pomponio *in l. 120 de verb. ſign. Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto.* & plenius à Cicerone *2. de invent.* & Cornificio *1. rhetor. ad Herenn.* Deinde verba ſequentia, *cui ſuus hæres nec extabit*, aperte oſtendunt proxime præceſſiſſe & interjectum fuiſſe inter hoc & illud de teſtamentis caput de ſucceſſione ab inteſtato, & quidem quo ſui hæredes primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos ſuos hæredes duntaxat lex ſucceſſionem hanc pertinere voluerit, alibi explicatum eſt, & fortaſſis nonnihil iterum de eo dicetur in ſequentibus.

TEXTUS.

Qui ſunt ſui hæredes.

2. *Sui autem hæredes exiſtimantur (ut ſupra diximus) qui in poteſtate morientis fuerint; veluti filius filiave, nepos neptiſve ex filio, pronepos proneptiſve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec intereſt utrum naturales ſint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari neceſſe eſt etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non ſunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, ſecundum Divalium conſtitutionum, quæ ſuper his poſitis ſunt, tenorem, hæredum ſuorum jura nanciſcuntur. Nec non eos, quos noſtræ amplexæ ſunt conſtitutiones, per quas juſſimus, ut ſi quis mulierem in ſuo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos ſuſtulerit, poſtea vero affectione procedente, etiam nuptialia inſtrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit,*

non ſolum eos liberos, qui poſt dotem editi ſunt, juſtos & in poteſtate patris eſſe; ſed etiam anteriores, qui & iis, qui poſtea nati ſunt, occaſionem legitimi nominis præſtiterunt. Quod obtinere cenſuimus & ſi non progeniti fuerint poſt dotale inſtrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint ſubtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve ſuorum hæredum numero ſunt, ſi præcedens perſona deſierit in poteſtate parentis eſſe, ſive morte id acciderit, ſive alia ratione, veluti emancipatione. Nam ſi per id temus, quo quis moritur, filius in poteſtate ejus ſit, nepos ex eo ſuus hæres eſſe non poteſt. Idque & in cæteris liberorum perſonis dictum intelligimus. Poſthumi quoque, qui ſi vivo patre nati eſſent, in poteſtate ejus futuri forent, ſui hæredes ſunt.

NOTÆ.

DIVALIUM CONSTITUTIONUM] *l. 3. l. 4. C. de nat. lib.* add. *Nov. 89. c. 2.*

NOSTRÆ AMPLEXÆ CONSTITUTIONES] *l. 10. l. 11. C. de nat. lib. §. ult. ſup. de nupt.* add. *Nov. 74. Nov. 86. c. 8.* Huc etiam pertinent legitimati per reſcriptum Principis, *d. Nov. 89. c. 9.*

POSTHUMI, &c. IN POTESTATE EIUS] Addendum, ſi nemo eos gradu præcedat, *§. pen. ſup. de tutel.*

COMMENTARIUS.

1. *Legitimati an ad Feudi ſucceſſionem admittantur.*
2. *Ceſſare hodie edictum de conjung. cum emanc. lib.*

HIc §. prolixus eſt, ſed planus: cōtinet enim repetitionem eorū. quæ jā ante diverſis in locis tradita & illuſtrata ſunt, maxime *in §. ult. ſup. de nupt. §. 2 de exhær. lib. §. 2. de hær. qual.* ut novā explicationē nō magnopere deſideret. Sui hæredes ita à nobis *d. §. 2. de hær. qual.* definiti ſunt, liberi defuncti, qui in poteſtate morientis fuerunt, & tempore delatæ hæreditatis primum in familia defuncti gradum obtinent: quæ definitio modis omnibus perfecta eſt, ut patet ex hoc textu, *junct. §. 7. inf. eod. l. 6. de injuſt. rupt. l. 7. unde lib.*

Pronepos proneptisve] Ordo eſt, *pronepos proneptisve, prognatus prognatave ex nepote nato ex filio:* hoc eſt, ex nepote, qui non ex filia, ſed ex filio ſuſceptus ſit: nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris, non matris familiam ſequuntur, *l. familiæ 196. §. 1. de verb. ſign.* Pertinent quidem huc ex novo jure; ſed de eo nondum tempus eſt dicendi.

Nec intereſt utrum naturales ſint, an adoptivi] Per naturales intelligit ex juſto matrimonio natos: quam perpetuam naturalium liberorum ſignificationem eſſe, cum opponuntur adoptivis, docuimus in *d. § ult. de nupt.* Adoptivi in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato eadem conditione ſunt, quo naturales, non veteri ſolum jure, *l. 1. §. 4. de ſuis & legit.* ſed etiam novo, ex conſtitutione Juſtiniani, qui jus ſuccedendi ab inteſtato integrum conſervavit etiam his, qui adoptivi ſunt ab extraneo, *l. pen. C. de adopt.* Sed de horum ſucceſſione plura *inf. §. 13. & 14.*

Quibus connumerari &c.] Recenſet hic duos modos, quibus liberi extra nuptias quæſiti, cæterum nati ex concubina, muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus ſuorum hæredum nanciſcuntur ex ſuis vel anteriorum Principum conſtitutionibus; ſi curiis oblati fuerint; ſi mater poſtea uxor ducta: & nimirum eos ipſos modos, quibus tradidit, liberos natos ex parentibus non conjugatis legitimos effici & in poteſtate patris, *d. §. ult. de nupt.* Idem jus conceſſum legitimatis per reſcriptum Principis: qui modus confirmandæ paternæ originis poſtea acceſſit, *Nov. 74. & 89.* reviſe, quæ *ſup. ad d. §. ult.*

Quod obtinere cenſuimus, etſi non progeniti] Cum conſtitutio Juſtiniani *in l. 10. C. de nat. lib.* qua natos ex concubina, quæ procedente deinde affectione uxor ducta ſit, patri ſuo legitimos fieri voluit, ſtricte à nonnullis accepta eſſet, quaſi eo tantum caſu legitimos eos fieri Juſtinianus voluiſſet, quo ex matrimonio ſecuto quoque liberi nati forent, ſuperioribus fratres & ſorores, quod ex verbis conſtitutionis colligebant; Juſtinianus nova & ſpeciali conſtitutione mentem ſuam plenius expoſuit, atq; expreſſe juſſit natos ante matrimonium etiam eo caſu legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio poſtea contracto nati fuerint, aut nati ex hac ſublati. Extat conſtitutio *in l. 11. C. de natur. lib.* Hinc apparet, mendoſe legi textum, qui claudit *d. §. ult. de nupt.* & omnino reſtituendam eſſe lectionem ſic, ut ex Horomanno eam illic reſtituimus. Jure feudali ad 1
feudi ſucceſſionem ſoli videntur admitti, qui legitime nati ſunt, excluſis omnibus legitimatis, *lib. 3. Feud. tit. 26. verſ. naturales. Vult. 1. feud. 9. Sonsb. de feud.*

feud. lib. 1. pag. 9. n. 72. Hotomann. ad d. verſ. naturales: quamvis major pars interpretum excipiat legitimatos per ſubſequens matrimonium. Feudiſtæ poſt *Andr. de Iſernia in d. verſ. naturales. Curt. tract. feud. part. 1. 2. memb. 3. part. princ. num. 41. Zaſ. de Feud. part. 8. D. Tulden. comm. hic cap. 13.* quo jure etiam nos utimur. *Neoſtad. c. 5. de feud. Holl. ſucceſſ. n. 79.* Diſtinguunt quoque inter legitimationem Principis ſimplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit, *Curt. d. l. n. 39. Zaſ. ibid. Borcholt. de Feud. cap. 7.* ſed de hoc idem dictum ſub *§. ult. de nupt.*

Ita demum nepos neptisve] Quamvis ſemper filius, qui eſt in poteſtate, ſimul ſuus hæres ſit: in perſona nepotis & cæterorum deſcendentium ſæpe contingit, ut in poteſtate ſint adſcendentium, nec tamen numerentur inter ſuos hæredes; puta ſi nepotem filius, pronepotem filius aut nepos præcedant. Nam ad jus ſui hæredis non ſufficit eſſe in poteſtate, niſi ſimul proximum à defuncto gradum obtineas, hoc eſt, nemo te in tuo ordine antecedat. Itaque ut nepos, verbi cauſa, jus ſui hæredis conſequatur, neceſſe eſt primum filium de familia ſublatum eſſe: tunc autem ſtatim in patris ſui locum ſuccedit, & quaſi agnaſcendo jus ſui hæredis in familia avi nanciſcitur, de quo fuſius ſub *§. 2. de exhær. lib. & §. 2. de hær. qual.* Diſerte autem locutus eſt de nepotibus & neptibus ex filio, omiſſis conſulto natis ex filia, quod hi ut extra familiam avi materni naſcuntur, ita & manenti matre ſublata. Poſtea tamen vocati ſunt ex conſtitutionibus, & ante agnatos admiſſi, *§. ult. inf. eod.* & pleniſſimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio ſuis hæredibus, *Nov. 118. c. 1.*

Sive alia ratione, veluti emancipatione] Sed hodie quoad effectum ſuccedendi nepotes in poteſtate remanenti in locum patris ſui emancipati non ſuccedunt, aut jus ſuorum hæredum conſequuntur; verum filius nepotem ex ſe natum ſemper excludit, *d. Nov. 118. c. 1.* ut nec amplius locus ſit edicto *de conjung. cum emanc. lib.* Multoque magis obſtabunt nepotibus ex

2 ſenatis, quos dignitas de poteſtate patria exemit: quippe quibus jura ſuorum hæredum integra conſervari voluit Juſtinianus, *Nov. 81. c. 2.*

Poſthumi quoq;] Poſthumi, qui vivo parente nati in ejus fuiſſent poteſtate, primumque gradum in familia obtinuiſſent, ſuorum hæredum numero ſunt, *§. pen. ſup. de tutel.* ſicut & in aliis ferè omnibus juris partibus, qui in utero ſunt, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodo agitur, *l. 7. & pen. de ſtat. hom.* De diverſis poſthumorum generibus tractatum *ſup. §. 1. & ſeq. de exhær. lib. & §. poſthumo 26. de legat.*

TEXTUS.

Quomodo ſui hæredes fiunt.

3. *Sui autem hæredes fiunt etiam ignorantes & licet furioſi ſint, hæredes poſſunt exiſtere: quia quibus ex cauſis ignorantibus nobis acquiritur, ex his cauſis & furioſis acquiri poteſt. Et ſtatim à morte parentis quaſi continuatur dominium; & ideo nec tutoris auctoritate opus eſt pupillis, cum etiam ignorantibus acquiratur ſuis hæredibus hæreditas: nec curatoris aſſenſu acquiritur furioſo, ſed ipſo jure.*

NOTÆ.

3. *Etiam ignorantes*] Nimirum quia ipſo jure, *l. 14. de ſuis & leg.* fac. *l. 1. §. 7. ſi quis om. ca. teſt.* cujus rei effectum cernere eſt *in l. 3. C. de jur. del.* Jure civili etiam inviti: cæterum prætoris beneficio jus abſtinendi habent, *§. 2. ſup. de hær. qual.*

Continuatur Dominium]. *l. 11. de lib. & poſt.* vid. *ſup. d. §. 2. de hær. qual.* non tamen poſſeſſio, *l. 23. de acq. poſſ.* facit *l. 19. ex quib. ca. maj.*

COMMENTARIUS.

1. *An uti dominium, ita & poſſeſſio rerum hæreditariarum ſuis hæredibus continuetur.*

Hoc quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata ſunt *§. 2. de hær. qual.* Ait *ignorantes.* Sui hæredes ipſo jure, id eſt, ſine ullo ſuo facto aut voluntate, ſola juris poteſtate hæredes fiunt: & ideo non ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, ſed hæredes exiſtere, *l. 14. de ſuis & leg. hær.* Quo jure poſito conſequens eſt, ut hæredes exiſtant etiam ignorantes: atque hinc ſi quis ex ſuis hæredibus patri ſuperſtes deceſſerit, quamvis ignorans patrem deceſſiſſe, nihilominus tamen hæreditatem patris, ut jam poteſtate juris quæſitam, ad quoscunque hæredes tranſmittit, *l. 3. C. de jur. de lib.* Quinetiam inviti & nolentes hæredes fiunt, eaque de cauſa neceſſarii quoque hæredes appellantur. *d. §. 2.* cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abſtinendi habent, *d. §. 2.* & tamen poſt abſtentionem nihilominus hæredes manent, quoad multa effecta. Unde illud, non eſt ſine hærede, qui ſuum hæredem habet, licet abſtinentem ſe, *l. cum quaſi 30. §. ſed etſi 10. de fideic. libert.* Sed repete notata ad *d §. 2.* quo loco etiam monuimus, jure harum regionum hæredes omnes eſſe voluntarios.

Et licet furioſi] *l. furioſus 63 de acq. hær. l. ult. §. 2. C. de cur. fur.* Hoc autem & ipſum ex jure ſuperiore neceſſario ſequitur: quia, ut ait, quibus ex cauſis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus acquiri poteſt & furioſis: quod & alibi traditum, *l. 12. de reb. cred. l. 24. de obl. & act.* eademque ratio & infantis & pupilli eſt. Paul. *apud Ruffinum t. deleg. ſucc.*

A morte parentum continuatur dominium] Suis non tam acquiritur hæreditas, quam dominium continuatur, *lib. 11. de lib. & poſth.* Ob eam enim cauſam ſui dicuntur, quod non alienarum, ſed ſuarum quodammodo rerum hæredes eſſe videantur: quippe ſuus hæres patri vivo quaſi cohæres & communium bonorum ſocius eſt, ut illo mortuo non novum acquirat dominium, ſed quod prius cœptum erat, nunc plenum habere incipiat, *d. l. 11. d. §. 2. de hær. qual.* cumque ipſo mortis momento ſtatim hæres exiſtat, *l. 1. §. qui ſunt 7. ſi quis om ca. teſt.* jacere hæreditas nunquam dici poteſt: pulcherrime *Hotom. 9. Obſ. 10.* Cæterum non ut rerum hæreditariarum dominium, ita & poſſeſſio ſuis hæredibus continuatur: quoniam poſſeſſio cum facti ſit, citra naturalem rei apprehenſionem non acquiritur, *l. 1. §. 3. l. 3. in pr. l. 8. de acq. poſſ. l. 19. ex quib. ca. maj.* Et quod traditū eſt *in l. cum hæredes 23. de acq. poſſ.* adita hæreditate jura quidem omnia ad hæredem tranſire, poſſeſſionem vero non tranſire, niſi naturaliter apprehenſa ſit; id non magis ad extraneos pertinet, quam ad ſuos hæredes. Nam ut concedamus, exiſtentiam in ſuis hæredibus parem vim habere cum aditione in extraneis, majorem tamen vim ei ineſſe putare & fortius operari, valde abſurdum eſt. Imo eandem prorſus vim habet aditio in hæredibus extraneis, quam in ſuis immixtio. Movere neminem debet, quod *in l. cum miles 30. ex quibus ca maj.* apud Paulum ſcriptum eſt, poſſeſſionem defuncti quaſi junctam deſcendere ad hæredem: de effectu enim uſucapiendi loquitur: quod quoad hunc effectum, qui ſine poſſeſſione nullus eſt, *l. 25. de uſuc.* ipſa ſimul poſſeſſio tranſire videatur, propterea quod tempora poſſeſſionis defuncti & hæredis ita conjunguntur, ut uſucapio nunquam interrupta videatur, *l. nunquam 31. §. pen. d. tit.* Alioqui contra jus expreſſum inferri poſſet, etiam hæreditatem jacentem poſſidere, quoniam uſucapio à defuncto cœpta etiam ante hæreditatem aditam impleri poteſt, *l. cœptam 40. de uſuc.* Illud nimis jejunum eſt, quod vulgo objicitur, dominium non acquiri ſine poſſeſſione: nam hoc ad modos acquirendi qui ſunt ex jure gentium pertinet: in civilibus autem acquiſitionibus non eſt perpetuum, *l. à Titio 64. de furt. l. 19. §. 1. quemad. ſerv. am. add. Vigl. ad d. §. 2. de hær. qual. Gail. 2. obſ. 129. Mynſ. 3. obſ. 38. Ant. Fab. C. ſuo de inoff. teſt. defin. 4. Chriſtin. vol. 4. dec. 26.* In Burgundia & tota fere Gallia obtinet illud, *Le mort ſaiſit le vif. Tiraquell. in iſto tract. Chaſſan. de ſucceſſ. rubr. 7. §. 1.*

Nec tutoris auctoritate] Hoc quoque conſectarium, ut & quod mox ſequitur, ex eadem juris ratione eſt. In extranei hæreditate contra obſervatur; quippe quam pupillus ſibi delatam adeundo acquirere non poteſt ſine tutoris auctoritate, *l. 9. l. pupillum 49. acq. hær.* etiamſi perſpicue lucroſa ſit neque ullum ab aditione periculum immineat, *l 9. §. 3. de auct. tut. §. 1. ſup. eod. tit.* Pupillis infantibus quomodo extranei hæreditas acquiratur, cognoſces obiter ex *l. ſervo 65. §. 3. ad ſen. Treb. l. 1. 18. C. de jur. delib.* tractatio non eſt hujus loci.

Nec curatoris aſſenſu furioſo] Imo nihil curatoris aſſenſu furioſo acquiri poteſt; ac proinde nec hæreditas extranei: cum per rerum naturam fieri non poſſit, ut conſenſus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas eſt. Sed nec ipſe curator nomine furioſi hæreditatem jure civili adire poteſt. Plane poteſt, ſi velit, bonorum poſſeſſionem nomine furioſi agnoſcere, *l. 1. de bon. poſſ. fur.* imo ex conſtitutione Juſtiniani etiam debet, ubi maneſeſta eſt furioſi utilitas, *l. ult. §. 3. C. de cur. fur.*

TEXTUS.

De filio poſt mortem patris ab hoſtibus reverſo.

4. *Interdum autem, licet in poteſtate parentis mortis tempore ſuus hæres non fuerit, tamen ſuus hæres parenti efficitur: veluti ſi ab hoſtibus quis reverſus fuerit poſt mortem patris ſui: jus enim poſtliminii hoc facit.*

COMMENTARIUS.

Licet in poteſtate parentis, &c. non fuerit] Reſpicit ad id, quod dixit initio §. 2. ſuos hæredes eſſe liberos, qui in poteſtate ſunt, quo tempore parens moritur: unde hic excipit caſum, quo filius ab hoſtibus captus poſt mortem patris revertitur. At enim ſi fictionem poſtliminii conſideramus, nulla hic exceptio eſt, nam cum poſtliminium fingat, eū, qui ad ſuos reverſus eſt, ſemper in civitate fuiſſe, ſecundum hanc fictionem etiam tempore mortis patris in poteſtate fuit. Verum Imperator excipiendo ſpectavit rei veritatem: revera enim ſuus hæres non eſt, nec in poteſtate morientis patris, qui eo tempore in poteſtate eſt hoſtium. Sic & filius ejus, qui apud hoſtes deceſſit, invitus hæreditati obligatur; quamvis ſuus hæres dici non poſſit, ut ait Juris-

riſconſultus; *l.12. qui teſt. fac.* qui in poteſtate morientis non fuit: & tamen hic etiam in poteſtate & ſuus hæres eſt, ex lege Cornelia, quæ fingit, captum, ipſo momento captivitatis mortuum & in civitate.

Ius enim poſtliminii] Impp. Dioclet. & Maxim. id fictioni tribuunt legis Corneliæ. *l.9.C. de poſtlim. rev.* ſed abuſio eſt nominum legis Corneli. pro juris poſtliminii: niſi ſit ἁμάρτημα μνημονικόν.

TEXTUS.

De memoria patris damnata ob crimen perduellionis.

5. Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti ſit mortis tempore, tamen ſuus hæres non fiat; veluti ſi poſt mortem ſuam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim hæredem habere non poteſt, cum fiſcus ei ſuccedat: ſed poteſt dici, ipſo quidem jure ſuum hæredem eſſe, ſed deſinere.

COMMENTARIUS.

Caſus ſuperiori contrarius, quo ſcilicet fit, ut qui mortis tempore in poteſtate defuncti eſt, & proximum in familia gradum obtinet, ſuus tamen hæres non efficiatur: quod ait evenire, ſi pater poſt mortem ſuam perduellionis reus judicatus fuerit: quomodo & Ulp hoc extulit *l.1. §. 3. de ſuis & leg. Interdum*, inquit, *etiam filius ſuus hæres excluditur fiſco prælato; ut puta ſi perduellionis fuerit damnatus pater poſt mortem ſuam. Baſil.45.tit.1.* ἐπὶ τυραννίδι κατακριθῇ.

Poſt mortem] Speciale eſt in crimine perduellionis, quod accuſatio & cognitio cœpta etiam poſt mortem rei peragitur: nam reliqua fere crimina mortalitate extinguuntur, aut potius criminum perſecutio, *l.ult. ad leg. Iul. maj. tot. tit. C. ſi reus vel accuſ. mort.* Quid interſit inter crimen majeſtatis & perduellionis demonſtrabitur alio loco.

Memoria ejus damnata] Gravius & ſeverius eſt, memoriam alicujus damnari, quam perſecutionem criminis poſt mortem durare. Perſecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus, repetundarum, de reſiduis: *l. ex judiciorum 20. de accuſ. l.ult. ad leg. Iul. pecul.* At memoria rei damnatur in ſolo judicio perduellionis, lata in ipſum mortuum ſententia, per quam quaſi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, *l. ult. C. ad leg. Iul. maj.*

Suum hæredem eſſe, ſed deſinere] Patre mortis ſuæ tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non poteſt non ſuus hæres eſſe, cum ut dictum eſt, ſtatim à tempore mortis hæreditas ſuis hæredibus acquiratur: ſed quia tempus ſententiæ & ſecutæ poſtea condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admiſſi criminis, fit ut jus ſuitatis extinguatur, aut potius perinde habendum ſit, ac ſi mortis tempore ſuus hæres non fuiſſet, & jam à die contracti criminis deſiſſet eſſe in poteſtate, *arg. l.15. l. donationes 31. §. ult. de don. l. ult. ad leg Iul. maj.*

TEXTUS.

De diviſione hæreditatis inter ſuos hæredes.

6. Cum filius filiave & ex altero filio nepos neptisve exiſtunt, pariter ad hæreditatem avi vocantur, nec qui gradu proximior eſt, ulteriorem excludit. Æquum enim eſſe videtur, nepotes neptesve in patris ſui locum ſuccedere. Pari ratione & ſi nepos neptisve ſit ex filio & ex nepote pronepos proneptisve, ſimul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes Proneptesve in parentis ſui locum ſuccedere, conveniens eſſe viſum eſt, non in capita, ſed in ſtirpes, hæreditatem dividi; ut filius partem dimidiam hæreditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item ſi ex duobus filiis nepotes neptesve exiſtant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit in capita, quid in ſtirpes ſuccedere.*
2. *Succeſſionis in ſtirpe jure veteri uſum tantum inter ſuos hæredes fuiſſe, & hujus ſucceſſionis ratio.*
3. *Quatenus hæc ſucceſſio procedente tempore extenſa.*

4. Cur

4. *Cur in ea proximior ulteriorem non excludat.*
5. *Illuſtratur aliis quibusdam exemplis.*
6. *Etiam ubi ſoli ſunt nepotes ex diverſis filiis, in ſtirpes familiam erciſci.*

LOcus eſt notabilis, in quo agitur de ratione ſuccedendi & diviſione hæreditatis inter ſuos hæredes primi & ſequentium graduum. Deſcriptus autem eſt ex Gajo *lib. 3 inſtit. apud Rufin. tit. de legit.*
1 *ſucceſſ.* Omnis ab inteſtato ſucceſſio aut eſt in capita aut in ſtirpes. In capita, προσωπικῶς ſuccedi dicitur, cum in tot partes hæreditas dividitur, quot ſunt capita ſive perſonæ ſuccedentium: in ſtirpes, κατὰ στεῖρον, cum pro numero ſtirpium ſecatur; ut qui ſunt ex una ſtirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantum, partem alteram. Capita ſunt perſonæ unius aut plurium ſtirpium. Stirpes ſunt generis origines, veluti filius eſt ſtirps nepotum; nepos ſtirps pronepotum. In capita toties ſuccedītur, quoties perſonæ ſuccedentium proprio jure & ex ſua perſona veniunt: in ſtirpes cum veniunt jure repræſentationis, id eſt, ex perſona ejus, in cujus jus & lo-
2 cum ſucceſſerunt. Et ſucceſſionis quidem in ſtirpes jure veteri inter deſcendentes tantum eosque deſcendentium ſolos uſus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus ſucceſſione agebatur, poteſtate & in familia proximi mortis tempore inventi eſſent, filiis puta aut nepotibus præmortuis emancipatisve, *l. 1. §. 4. de ſuis & legit. hær. l. 2. l. 3. C. eod. l. 8. §. quoniam 8. de inoff. teſtam. Vlpian. tit. 26. §. 1 Caj. lib. 2. tit. 8. §. 2.* Etenim ratio ſuccedendi in ſtirpes; ut ex citatis locis intelligere licet, tota eſt ex jure ſingulari ſuorum hæredum; nec aliud fundamentum habet, quam quod filiifa. vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti ſunt, *l. 11. de lib. & poſth. §. 2. ſup. de hær. qual.* & jam hæredes κατὰ πρόληψιν, quodque hinc filio è familia patris ſublato ſtatim nepotes ex eo in locum ejus & gradum ſuccedunt, & jus ſui hæredis idem illud, quod pater ante habuit, quaſi perſona ejus induta in familia avi nanciſcuntur, *d. l. 1. §. 4. de ſuis & legit. §. 2. ſup. de exhær. lib. l. 13. de injuſt. rupt.* Hoc ſiquidem jure conſtituto, conſequens omnino eſt, ut nepotes & deinceps ex maſculis deſcendentes in ſucceſſione avi ab inteſtato & cæterorum per patrem adſcendentium in ſtirpes veniant, ut qui ſunt ex una ſtirpe, licet plures numero, non amplius conſequantur, quam parens eorum, cujus perſonam repræſentant, laturus fuiſſet & quam capiunt ex alia ſtirpe forte pauciores, *d. l. 8. §. quoniam de inoff. teſt. d. l. 2. C. de ſuis & legit. lib.* Cæterum poſtquam exemplo ſuorum hæredum matris etiam & aviæ hæreditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in ſucceſſione parentum exæquata, placuit & hic quoque eandem rationem in diviſione hæreditatis inter liberos primi & inferiorum graduum ſervari. *§. ult. ſub fin. l. 9. C. de ſuis & leg. lib. Nov. 118. cap. 1.* In linea quoque collaterali fratrum & ſororum filii jure repræſentationis ſeu in ſtirpes veniunt cum defuncti fratribus ex eadem nova Juſtiniani conſtitutione 118. c. 3.

Nec qui gradu proximior, ulteriorem excludit] 4
Quem tamen excluderet, niſi ulteriorem placeret in locum patris ſuccedere, & jure repræſentationis quaſi eodem gradu cum proximiore exiſtentem ad ſucceſſionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum ſit quod præcedit. *pariter ad hæreditatem vocantur*, nempe non de æqualitate partium hæreditatis, in quas ſuccedītur, ſed de pari ac æquali jure ſucceſſionis, quod ſcilicet nepotes etiam locum patris ingreſſi, ut ſui hæredes, & ideo æquali jure & pariter ſive ſimul cum patruis ſuis ad ſucceſſionem avi vocentur, *l. 3. C. de ſuis & leg. lib.* Quod autem in ſpecie illic propoſita etiam hæreditas in partes æquales dividi debet, ex accidenti eſt, ubi nepos ex uno [illegible] alter filius ſoli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve] Et pari item ratione ſi ſit ex nepote pronepos proneptisve, & ex altero pronepote abnepos vel abneptis, ſimul vocabuntur. Nam jus repræſentationis intra certum deſcendentium gradum concluſum non eſt, per *l. 2. §. liberos 7. de conjung. cum emancip. lib. Nov 118. cap. 1.* Nec aliud hoc loco propoſitum Juſtiniano fuit, quam exemplis quæ forte hic attulit, declarare, quomodo remotiores concurrentes cum proximioribus ſuccedant: quæ & communis eſt interpretum noſtrorum ſententia, *vid. Gomez. 1. var. reſol cap. 1. n. 15. Schrad. de feud. part. 7. cap. 5. n. 41.*

In parentis ſui locum ſuccedere] Ratio ſucceſſionis 5
in ſtirpes; quæ modo à nobis fuſe explicata eſt. Ait *ex altero filio duo pluresve*: quare &, ſi unus tantum ſit filius, & ex altero filio ſex nepotes, ille unus integrum ſemiſſem hæreditatis, & tantum ſolus, quantum nepotes omnes habebit. Quod ſi plures ſint filii, ſinguli tantum capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo univerſi. Et convenienter, ſi duo aut plures ſint nepotes ex diverſis filiis, & ex alio nepote pronepotes, hi pronepotes univerſi non plus ferent, quam nepotum ſinguli. Quibus caſibus mixta eſt ſucceſſio. Obſervandum tamen eſt, non minus neptes ex filio, quam nepotes in locum parentum ſuccedere, *l. 1. §. non minus 6. de ſuis & legit.*

Item ſi ex duobus filiis nepotes] Exemplum ſim- 6
plicis ſucceſſionis in ſtirpes, cum ſoli ſunt nepotes ex diverſis filiis: & hoc caſu maxime eſt conſpicua vis repræſentationis, quæ ex jure ſuitatis primam

tra-

traxit originem. Licet enim omnes hic pari gradu ſint, ut proprio ſinguli jure ſuccedere poſſe videantur: tamen poſtquam ſemel placuit, nepotes in locum patris ſui demortui, aliave ratione exuti jure ſui hæredes, ſuccedere, non debuit hoc jus ex accidenti aliquo variari, puta ut ſoli nepotes ex diverſis filiis & numero inæquales; ſeu pauciores cum pluribus ex hac vel illa ſtirpe concurrentes, in capita hæreditatem dividerent, *l 2. C. de ſuis & leg. hæred.* Quare ſic in univerſum recte definiemus, deſcendentes ex maſculis omnes, qui ſunt diverſarum ſtirpium, quantumvis ejusdem omnes gradus, in ſtirpes, non in capita ſuccedere,

TEXTUS.

Quo tempore ſuitas ſpectatur.

7. *Cum autem quæritur, an quis ſuus hæres exiſtere poſſit, eo tempore quærendum eſt quo certum eſt aliquem ſine teſtamento deceſſiſſe: quod accidit & deſtituto teſtamento. Hac ratione ſi filius exhæredatus fuerit & extraneus hæres inſtitutus, & filio mortuo poſtea certum fuerit, hæredem inſtitutum ex teſtamento non fieri hæredem, aut quia noluit eſſe hæres, aut quia non potuit, nepos avo ſuus hæres exiſtet: quia quo tempore certum eſt inteſtatum deceſſiſſe patremfamilias, ſolus invenitur nepos: & hoc certum eſt.*

NOTÆ.

Deſtituto teſtamento] Eo quod nemo hæres ex eo extiterit: quæ deſtitutio patremfam. ex eo tempore inteſtatum facit, *l.1. de ſuis & leg.* Extra hunc caſum idem ſemper eſt tempus mortis & delatæ hæreditatis.

Nepos avo ſuus hæres] Nec obſtat, quod filius patri ſuperſtes fuit: quia filio non eſt delata hæreditas, utpote jam mortuo, quo tempore defertur ab inteſtato, *d. l.1. §.8. de ſuis & leg.* junct. *l. 39. de acq. hær.*

COMMENTARIUS.

1. & 3. *Quando quæſtioni propoſitæ locus.*
2. *Plura exempla huc pertinentia.*
3. *Removentur quæ hic objici poſſe videntur.*

1 ETſi certum eſt, in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato primum locum obtinere ſuos hæredes, tractari tamen poteſt, quo tempore inſpiciendum ſit, an aliquis ſuus hæres exiſtere poſſit, mortisne defuncti tantum, an etiam alias delatæ ab inteſtato hæreditatis. Enimvero hæc quæſtio locum habere non poteſt, cum nullum teſtamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo caſu palam eſt, tempus mortis à tempore delatæ hæreditatis non ſeparari: ac ne tunc quidem, cum teſtamentum factum eſt, ſed vivo adhuc teſtatore vitiatum aut deſtructum; nam hic quoque neceſſe eſt, ut tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat teſtamentum, concurrat. At locum habet in caſu teſtamenti deſtituti, hoc eſt, cum in irritum conſtituitur teſtamentum quod jure factum erat, poſt mortem teſtatoris, eo quod hæres ſcriptus ex teſtamento hæreditatem non adierit. Cum enim lex hæreditatem nemini deferat ab inteſtato, quamdiu ex ea teſtamento adiri poteſt; *l. quamdiu 39. de acq. hær.* hic jam tractationi propoſitæ locus ſit, utrum cum quæritur, an ut quis tanquam ſuus hæres ſuccedere poſſit, inſpiciendum ſit tempus mortis teſtatoris, quo adhuc ſua vis teſtamento conſtat, an tempus teſtamenti deſerti, ut ſufficiat vel eo tempore ſuum eſſe, quo hæreditas ab inteſtato deferri ſeu certum eſſe incipit, defunctum inteſtatum deceſſiſſe, neminemque ei ex teſtamento hæredem fore: quod poſterius placuit, *l. 1. § ſciendum 8. de ſuis & legit. l. 6. in pr. verſ plane de injuſt. rupt. l. 7. unde lib. & hoc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut ſuus hæres exiſtat, qui eo tempore, quo is, de cujus hæreditate agitur, deceſſit, ſuus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hic declaratur, videlicet ſi paterfa. teſtamento facto deceſſerit, exhæredato filio, ex quo ei nepos erat, & poſt exhæredati mortem contingat inſtitutum hæredem non eſſe: hoc enim caſu nepotem avo ſuum hæredem exiſtere: quo exemplo etiam utitur Ulpian. *d. l. 1. §. ſciendum de ſuis & legit.* & Papinian. *d. l. 7. unde lib.* A- 2
liud & ſimile habemus apud Theophilum, ſi filius exhæredatus, extraneo ſub conditione inſtituto, pendente conditione deceſſerit, & poſtea defecerit conditio. Ulpianus *d. l. 1. §. ſciendum*, etiam exemplum affert in filio ſub conditione, quæ fuit in arbitrio ipſius, inſtituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum ſucceſſione hujus quæſtionis uſus eſt, cum diſputatur, quo tempore ſpectanda proximitas, *§. proximus 6. ſeq. tit.*

Quod accidit & deſtituto teſtamento] Id eſt, cum ex teſtamento nemo hæres extiterit, vel quia hæres inſtitutus hæres eſſe noluit, vel quia non potuit, ut ſtatim ſequitur: quæ deſtitutio ex eo tempore patremfa. tam inteſtatum facit, quam ſi aut nullo facto teſtamento, aut eo, quod factum erat, ante mortem evacuato deceſſiſſet, *ſup. in pr. eod. d. l. 1. de ſuis & leg. hær. l. 1. de injuſt. rupt. teſt.*

3 *Si filius exhæredatus, & extraneus hæres inſtitutus, & filio mortuo*] Ait *exhæredatus*; nam ut valeat teſtamentum, quo filius ipſe non inſtituitur, exhæredatum eum nominatim eſſe oportet, *l. pro pen. de lib. & poſt. ſup. de exhær. lib. in pr.* Ait, *filio mortuo*, deliberante forte hærede inſtituto, *d. l. 1. §. ſciendum de ſuis & leg. hær. d. l. 7. unde liberi.* Neceſſe autem eſt, ut quæſtioni locus ſit, filium medio tempore deceſſiſſe; alioqui ipſe deſerto teſtamento ſuus hæres patri exiſtet, *l. filium 20. de bon. poſſ. cont. tab.* Hinc colligunt, per exhæredationem non tolli jus familiæ: & recte, alioqui ipſe nepos prorſus patris locum occuparet, atque ipſo ſtatim jure everteret teſtamentum avi, *vid. noſtra ad §. non ſolum 4. ſup. de pup. ſubſt.*

Aut quia non potuit] Puta quod antequam hæreditatem adiret, mortuus ſit, aut cum ſub conditione hæres inſtitutus eſſet, conditio defecerit. Adeunte igitur extraneo manet ſepultum jus nepotis.

Nepos ſuus hæres exiſtet] Nec obſtabit nepoti, quod filius exhæredatus patri ſuo ſuperſtes fuit: quia filio non eſt delata hæreditas: quæ ratio redditur in *d. l. 1. §. ſciendum, de ſuis & legit.* ſignificatur in *l. 6. pr. verſ. plane, de injuſt. rupt. & d. l. 7. unde lib.* ac ſimul removet, quod objici poſſet, quanquam ejuſdem poteſtatis eſt, in ſuis hæredibus ſucceſſionem non eſſe, videlicet quia iſti regulæ tunc locus eſt, quando quæſtio eſt de nepote, ut ſuo hærede admittendo poſt delatam filio hæreditatem, *d. l. 1. §. ſciendum.* An jure civili hodierno in deſcendentibus locus ſit edicto ſucceſſorio, difficilis & intricata quæſtio eſt, quæ fuſe tractatur à *Bart. Bald. Salic. Caſtr. in l. 3. C. unde liberi.*

TEXTUS.

De nato poſt mortem avi, vel adoptato à filio emancipato.

8. *Et licet poſt mortem avi natus ſit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, poſteaque deſerto avi teſtamento, ſuus hæres efficitur. Plane ſi conceptus & natus fuerit poſt mortem avi, mortuo patre ſuo deſertoque poſtea avi teſtamento, ſuus hæres avo non exiſtet: quia nullo jure cognationis patrem ſui patris attigit, Sed nec ille eſt inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cum non ſint ſui (quantum ad hæreditatem) liberi, neque bonorum poſſeſſionem petere poſſunt, quaſi proximi cognati. Hæc de ſuis hæredibus.*

COMMENTARIUS.

1. *Species, & cur in ea filius non obſtet nepoti, aut nepos non rumpat.*
2. *Conceptum & natum poſt mortem avi huc non pertinere, & quare.*
3. *De adoptato a filio emancipato.*
4. *Amplius de concepto & nato poſt mortem avi.*

P*oſt mortem avi natus, tamen vivo conceptus*] Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quandam continens amplificationem, nempe ſi quis filio exhæredato nuru prægnante deceſſerit, & filio deinde mortuo antequam partus ederetur, hæres inſtitutus omiſerit hæreditatem. Hic quoniam qui in utero ſunt, cum de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur; *l. 7. l. pen. de ſtat. hom. l. 7. de ſuis & legit.* placet hunc nepotem, licet natum poſt avi mortem, non minus quam ſi ante natus fuiſſet, avo ſuo ab inteſtato hæredem fore: neque magis obſtare nepoti filium, quam in caſu præcedenti, propter eandem rationem, quia filio non eſt delata hæreditas, ut qui mortuus ſit eo tempore, quo adhuc ex teſtamento adiri poterat. Cur vero hic nepos poſthumus non rumpit agnaſcendo? Nimirum quia agnaſcendo is ſolus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc ferme modum Juriſconſultus in *l. 6. pr. verſ. plane. de injuſt. rupt.* 1

Plane ſi & conceptus & natus] Quod dictum eſt §. *præc.* nepotem avo ſuo hæredem exiſtere poſſe, qui tempore mortis ſuus non erat, modo ſolus inveniatur tempore deſtituti teſtamenti, hoc nunc ſic reſtringit, ut dicat, id locum habere, cum tempore mortis nepos jam in rebus humanis fuit, aut ſaltem vivo avo conceptus: Cum Ulp. in *l. 1. §. ſciendum, de ſuis & legit.* De nepote vero concepto poſt avi mortem ait, hunc nepotem, mortuo patre ſuo, non poſſe deſerto teſtamento ſuum hæredem avo exiſtere. Et addit rationem; Quia nullo jure cognationis patrem ſui patris attigit. Ratio generalis, ex qua conſequitur, nec poſſe eum ullo alio jure ſuccedere, neque ut nepotem, neque ut cognatum ad bonorum poſſeſſionem admitti: quod etiam in calce expreſſum eſt, & pluribus locis apertiſſime traditum. Sed de eo videbimus poſtea. 2

Quem

3 *Quem filius emancipatus adoptavit*] Quem filius meus emancipatus adoptavit, nepos meus non eſt, *l. 26. de adopt.* ratio perſpicua eſt, quia per emancipationem filius agnatus eſſe deſiit; & ita jus conſtitutum eſt, ut adoptati his tantum, quibus agnaſcuntur, cognati fiant, *l. 23. eod. tit*, ut mirum non ſit, mortuo filio emancipato non poſſe adoptivum illum vel tanquam ſuum vel tanquam inter liberos hæreditatem vel bonorum poſſeſſionem petere. Unde putaverit aliquis, hoc exemplum poſitum eſſe loco alieno. Sed videtur Juſtinianus qualiquali ſimilitudine illuſtrare voluiſſe, quod dixerat de nepote concepto poſt mortem avi.

Cum non ſunt ſui] Vocem *ſuùs* delendam eſſe Contius & Hotomannus exiſtimant, propterea quod ante dixit, ne cognatos quidem eſſe, nedum liberos. Sed non placet nimia iſta ſcrupuloſitas in examinandis verbis conditorum juris. Et cur vero vox iſta retineri non poſſet? Per occaſionem duntaxat, ut probet ſuos non eſſe, ne cognatos quidem eſſe ait: cæterum tota diſputatio ex profeſſo de ſuis hæredibus inſtituta eſt, ut ipſe Juſtinianus teſtatur in extremo hujus §.

4 *Quantum ad hæreditatem*] Recte quantum ad hæreditatem: nam in aliis rebus, puta privilegiis, cauſis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, nepotes etiam poſt mortem avi concepti pro liberis habentur; & ſunt ſane ſanguine conjuncti omnibus, qui avo fuerunt, aut ab eo deſcendunt *l. 1. §. pen. de ſuis & legit.* Quod ſuccedant in jus patronatus, docet Paul. *l. Paulus 47. §. 3. de bon. libert.* quo argumento admitti videntur & ad feuda, ad emphyteuſin acceptam pro deſcendentibus, item ad jus retractus. *D. Tuld. comm. hic, cap. 4.*

Neque bonorum poſſeſſionem petere quaſi proximi cognati] Sicut is qui poſt mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hæreditatem tanquam ſuus hæres, ita nec bonorum poſſeſſionem tanquam cognatus accipere poteſt: quia ut lex duodecim tabularum eum vocat ad hæreditatem, qui moriente eo, de cujus bonis agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur qui vivo eo eſt conceptus; ita prætor proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerunt, *l. 6. cum 2. ſeqq. de ſuis & legit. l. 6 in pr. verſ. plane, de injuſt. rupt. l. 1. §. ſi quis 8. unde cogn.* Quare quod dictum ſupra eſt, nepotem, qui tempore deſerti teſtamenti ſolus & proximus invenitur, avo ſuum hæredem exiſtere, hoc ſic eſt intelligendum, ſi & remoto mortis tempore obſtaculo, aut teſtamento non facto, & nemine eum tunc præcedente ſtatim jus ſuccedendi habuiſſet; quod habere non poteſt qui moriente avo in rebus humanis non eſt. Quod vero nepotes cognati appellantur etiam eorum, poſt quorum mortem concepti ſunt, id Julianus ſcribit non proprie, ſed per abuſionem, vel potius *ἀναφορικῶς* accidere, *l. 8. de ſuis & leg. hær.* Pileus, ut refert Accurſius hic, putavit, nunc etiam poſſe hunc nepotem ſuo jure ſuccedere, ex *Nov. 118. c. 1.* ſed contraria Joannis ſententia pluribus probata eſt teſtibus *Io. Fabr. & Angel. hic.* Sane *d. Nov.* nihil juvat opinionem Pilei, utpote qua tantum tollitur differentia ſexus, gradus & poteſtatis. add. *Bachov. in Treutl. vol. 2. Diſp. 6. theſ. 1. D. Tulden. in tit. C. de ſuis & legit. n. 4. & d. c. 4. ad hunc tit.* ubi tamen fatendum eſſe ait propoſito Juſtiniani, qui omnia in hac ſucceſſione ad ſimplicitatem naturæ redigere ſtudet, maxime conſentaneum eſſe, ut hoc quoque emendatum voluerit: cæterum cum id expreſſe non fecerit hujusmodi caſu eveniente, opus eſſe remedio Principali, per *l. 2. de reb. eor. qui ſub tut.*

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

9. Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim ſui hæredes ſunt, qui in poteſtate morientis eſſe deſierunt, neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum poſſeſſionem unde liberi, perinde ac ſi in poteſtate parentis tempore mortis fuiſſent: ſive ſoli ſint, ſive cum ſuis hæredibus concurrant. Itaque duobus liberis exiſtentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in poteſtate fuerit, ſane quidem is qui in poteſtate fuit, ſolus jure civili hæres eſt, & ſolus ſuus hæres: ſed cum emancipatus, beneficio prætoris in partem admittitur, evenit, ut ſuus hæres pro parte hæres fiat.

NOTÆ.

9. Jure Civili Nihil Juris] Emancipatio & ſui hæredis & agnationis jus adimit, *l. 11.*

de ſuis & leg. l. 1. §. 8. ad SC. Tertull. leg. 7. de cap. min.

PRÆTOR NATURALI ÆQUITATE MOTUS] Quia nihilominus liberi manent, naturæ vinculum & jus ſanguinis, *l. 4. unde lib.* & maxime, quia verum nihilominus eſt, ex maſculis eos eſſe procreatos.

BON. POSSESSIONEM UNDE LIBERI] *d. l. 4. & poſſ. unde liberi.* Eadem ratione adductus dat teſtamento præteritis bonorum poſſeſſionem contra tab. *§. 3. ſup. de exh. lib.*

COMMENTARIUS.

1. Qua ratione motus & quo colore prætor emancipatis deferat bonorum poſſeſſionem unde liberi.

Liberis emancipatis contingit capitis deminutio, per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut late docetur *lib. 1.* Proinde cum nec ſui hæredes ſint, qui in poteſtate eſſe deſierunt, nec agnati propter mutationem familiæ; vetus legitima hæreditas, quæ lege 12. tabularum ſuis duntaxat hæredibus, & poſt hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, *l. 11. de ſuis & legit. l. 1. §. capitis 8. ad ſen. Tertyll. l. 7. de cap. minut.* Cæterum quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus ſanguinis, *l. 4. unde lib. l. 8. de reg. jur.* & maxime quia nihilominus verum eſt ex maſculis eos eſſe procreatos, prætor his ſuccurrit, reſcinditque capitis deminutionem, ut loquitur Juriſconſultus, *l. 6. §. 1. in fin. de bon. poſſ.* hoc eſt, perinde emancipatos vocat, ac ſi capite minuti non eſſent; vique ipſa reſtituit iis jus ſuorum hæredum, dum eis defert bonorum poſſeſſionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum una cum ſuis hæredibus admittit. Sic & in ordinatione teſtamenti, eadem ratione adductus prætor, quod jus civile in ſuis tantum hæredibus requirebat, juſſit liberos emancipatos vel hæredes inſtitui vel exhæredari, data præteritis bonorum poſſeſſione contra tabulas, *§. emancipatos, ſup. de exhær. lib.*

Neque ullo alio jure] Lex duodecim tabb. ad legitimam hæreditatem vocabat alios jure ſuitatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque ſuos hæredes eſſe, neque alio jure à lege vocari, planum ac perſpicuum ſenſum habet, nec jure agnationis eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur patrono mortuo liberi ejus ad legitimam hæreditatem liberti, *inf. de ſucc. libert.* ac proinde nodum in ſcirpo quærit Hotomannus, dum pro his verbis *per legem duodecim tabb.* legendum ex ſtimat *præter legem, &c.*

Bonorum poſſeſſionem unde liberi] *l. 4. & paſſim, ſi tab. teſt. null. ext. unde liberi, §. 1. inf. de bon. poſſ.* Cæterum ſi quæ propria habent, his, qui in poteſtate manſerunt, conferre debent, *l. 20. §. 1. contr. tab. l. 9. l. 18. Cod. de collat. Vlp. lib. 2. inſtit. apud Rufin. tit. de legit. ſucceſſ. Vnde liberi* autem dicimus præciſe, pro, ex ea parte edicti, unde liberi vocantur, quod in cæteris quoque bonorum poſſeſſionibus uſuvenit. Sic dicitur bonorum poſſeſſio unde legitimi, item unde cognati, & unde vir & uxor, *d. §. 1. & ſeq. inf. de bon. poſſ.*

In partem admittitur] Dimidiam ſcilicet: εἰς τὸ ἥμισυ Theoph. Nam emancipati apud prætorem ſunt loco ſuorum hæredum, *tit. ſeq. in pr. d. §. 1. de bon. poſſ.* & expreſſe ſcribit Juſtinianus, *l. ult. §. 1. C. de legit. hær.* filium emancipatum in patris ſucceſſionem ſine ulla deminutione à prætore vocari. Hæc autem bonorum poſſeſſio etiam ſuis hæredibus ex abundanti propoſita, *d. §. 1. inf. de bon. poſſ. l. 1. §. 6. unde liberi.* Jure noviſſimo, etiam jure civili, emancipati ſuccedunt. *Nov. 118. c. 1.*

TEXTUS.

Si emancipatus ſe dederit in adoptionem.

10. At hi, qui emancipati à parente in adoptionem ſe dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quaſi liberi, ſi modo cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac ſi emancipati ab ipſo eſſent, nec unquam in adoptiva familia fuiſſent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco eſſe incipiunt. Poſt mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æque extraneorum loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum naniſcuntur. Quod ideo ſic placuit; quia iniquum erat, eſſe in poteſtate patris adoptivi, ad quos bona

naturalis patris pertineant, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.

NOTÆ.

10. NON ADMITTUNTUR] Quia alium hi patrem habent, cui ſui hæredes ſunt jure civili, *l. pen. C. de adopt.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur ad bonorum poſſeſſionem unde liberi non vocentur, qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt.*
2. *Cur ab adrogatione emancipati vivo patre naturali, jus liberorum recuperent, ſecus ſi poſt mortem ejus: & quid hic reſpectu patris adoptivi.*

QUod dictum fuit, liberos emancipatos beneficio prætoris vocari ad bonorum poſſeſſionem unde liberi, id hic locus docet non eſſe perpetuum, & primum non pertinere ad eos, qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc ſunt in poteſtate & familia patris adoptivi, *fac. l. ult. unde liberi.* Deinde non pertinere omnino ad emancipatos à patre adoptivo, cum de illius ſucceſſione quæritur: quæ mox *ſeqq.* §§. plenius declarantur.

In adoptionem] Manifeſtum eſt, verbo generali ſignificari hoc loco ſpeciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur: quippe quæ ſola eorum eſt, qui ſunt ſui juris, §. *1. ſup. de adopt.*

Non admittuntur] *L. 4. unde lib.* Etenim prætori hoc ſolum propoſitum fuit, ut ſuccurreret emancipatis, qua tales ſunt idque ratione quadam commiſerationis, quæ in iis ceſſat, qui ſe dederunt in adrogationem, aliumque ſibi patrem quæſiverunt, dum his ſatis conſultum in familia adoptiva, in qua jus ſuorum hæredum & agnationis nanciſcuntur. Adhæc prætor emancipatos vocat inter ſuos hæredes, & tanquam ſuos, *tit. ſeq. in pr. l. 6. §. 1. de bon. poſſeſſ.* ratio autem non patitur, ut quis jus ſui hæredis habeat in duabus familiis.

Quaſi liberi] Id eſt, ex ea edicti parte, qua prætor ad ſucceſſionem ab inteſtato liberos vocat. Quod ideo expreſſit; quia etſi non admittuntur, ut liberi, admittuntur tamen alia parte edicti, qua ſcilicet vocantur cognati, §. *admonendi 13. inf.* illud ſatis conſtat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis deminutionem extinctum eſt.

Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur] Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati ſint, prætor ex humanitate his reſtituit jus naturale liberorum, quod ademerat adrogatio, perindeque eos admittit ad bonorum poſſeſſionem patris naturalis, ac ſi ſemper ſui juris manſiſſent, *l. 4. unde lib:* ſcilicet quia aliqui foret, ut ſpe omni deſtituerentur, atque excluderentur & à patris naturalis ſucceſſione & adoptivi.

Quod ad patrem adoptivum pertinet, extraneorum loco] Jura enim adoptionis in eorum diſſolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati à patre adoptivo amittant, & pater adoptivus poſt emancipationem pater eſſe deſinat, *l. 1. §. liberos 6. l. 4. unde lib. l. 2. §. objicitur 15. ad Tertyll.* denique nullum fere ex priſtino jure retineatur veſtigium, *l. 13. de adopt.* Particula *(fere)* eo loco addita à Juriſconſulto, propterea quod filiam quondam adoptivam uxorem habere non poſſum, *l. quin etiam 53. de rit. nupt.*

Poſt mortem patris naturalis] In bonis patris adoptivi nihil juris habent, ſive ante, ſive poſt mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod vero attinet ad ſucceſſionem patris naturalis, intereſt, emancipati ſint vivo adhuc patre, an poſt mortem ejus: nam priori caſu jus liberorum per adrogationem amiſſum beneficio prætoris recuperant; poſteriore caſu non item, ſed tertio demum loco invitantur ad bonorum poſſeſſionem unde cognati, §. *13. inf. eod.*

Iniquum erat, eſſe in poteſtate patris adoptivi] Ratio cur ab adrogatione emancipati poſt mortem patris naturalis liberorum gradum non conſequantur; ne alioqui in poteſtate adrogatoris ſit, utri ad ſucceſſionem ab inteſtato veniant, liberine, an agnati: quippe qui facere poſſet, ut ſuccederet agnatus proximus non emancipando, ut non ſuccederet, emancipando; atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet arbitrio: quod regulæ juris non admittunt. *l. illa inſtitutio 32. de her. inſt.* Sed longius iſta αἰτιολογία petita eſt. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæſita aliis liberis aut agnatis hæreditas ex poſtfacto & accidenti auferatur: neque ulla hic fit injuria liberis, utpote qui & ultro ſe in adoptionem dederunt poſtquam à patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum ſunt emancipati à patre adoptivo.

TEXTUS.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

11. *Minus ergo juris habent adoptivi filii, quam naturales. Namque natura-*

les emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi vero emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & à prætore non admittuntur: & recte. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non poteſt; nec quia deſinunt ſui hæredes eſſe, poſſunt deſinere filii filiæve, nepotes neptesve eſſe. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt eſſe: quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem conſecuti ſunt, alia civili ratione, id eſt, emancipatione, perdunt.

COMMENTARIUS.

Hic locus continet antitheſin liberorum emancipatorum naturaliū & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta ſunt ſub §§. *præc. 9. & 10.* Summa hæc eſt; liberos naturales emancipatos jus liberorum & ſucceſſionis ab inteſtato, quod amittunt jure civili, retinere jure prætorio: emancipatos vero ex adoptione nec à prætore liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad ſucceſſionem quandam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etſi ſui hæredes eſſe deſinunt, quod nomen civile eſt, non tamen deſinunt eſſe liberi natura: hi plane extranei fiunt, jusque, & nomen liberorum adoptione quæſitum, emancipatione perdunt, *l. 1. §. liberos 6. l. 4. unde lib.* Regula, *Civilis ratio civilia jura, perimere, &c.* pleniſſime à nobis explicata eſt ſub §. *ult. de leg. agn. tut. & §. pen. de cap. dem.*

TEXTUS.

De bonorum poſſeſſione contra Tabulas.

12. Eadem hæc obſervantur & in ea bonorum poſſeſſione, quam contra tabulas teſtamenti parentis liberis præteritis, id eſt, neque hæredibus inſtitutis, neque, ut oportet [1], exhæredatis, prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in poteſtate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat prætor ad eandem bonorum poſſeſſionem; eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, ſicut nec ab inteſtato, ita longe minus contra tabulas teſtamenti, ad bona ejus admittit: quia deſinunt in numero liberorum ejus eſſe.

NOTÆ.

12. ET IN EA BON. POSSESSIONE] Non ſolum ſc. in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato. Th.

EOS, QUI IN POTESTATE ET EMANCIPATOS] ſuis hæredibus præteritis ex abundanti hoc beneficium datum, *l. 1. pr. cont. tab.* quemadmodum & bonorum poſſeſſio, unde liberi & ſuis emancipatis pariter propoſita. *l. 1. §. 6. und. lib.*

COMMENTARIUS.

1. *Etiam ſuis hæredibus propoſitam bonorum poſſeſſionem contra tabulas.*
2. *Communia utriusq; bonorum poſſeſſionis.*
3. *Difficilius quem admitti ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quam ab inteſtato.*

Prætor non tantum in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato liberis emancipatis ſuccurrit, data iis bonorum poſſeſſione unde liberi: verū etiam teſtamento facto pollicetur præteritis bonorum poſſeſſionem contra tabulas: quæ bonorum poſſeſſio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neq; ut oportet exhæredatis] Non enim quævis exhæredatio ſummovet liberos à bonorum poſſeſſione contra tabulas; ſed quæ rite facta eſt: quæ vitioſe, pro præteritione habetur, *l. 8. §. 2. de bon. poſſ. cont. tab. §. 3. ſup. de exhæred. lib.* Incaute D. Tuldenus *inf. tit. de bon. poſſ. c. 5.* pro *non recte* aut *vitioſe*, dixit, *inique.* Nam qui dicunt *inique* ſe exhæredatos, certum eſt, iis nullum remedium ſupereſſe, præter querelam inofficioſi teſtamenti. Eodem autem modo, quo jure civili teſtamento facto liberi ſui hæredes inſtituendi ſunt, aut exhæredandi, filii ſcilicet nominatim, filiæ & nepotes ſaltem inter cæteros, voluit prætor inſtitui aut exhæredari etiam emancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum poſſeſſionem contra tabulas teſtamenti, §. *emancipatos, ſup. de exhær. lib.*

Eos, qui in poteſtate] Sive naturales ſive adoptivos, *l. 1. in pr. cont. tab.* 1
Licet enim bonorum poſſeſſio contra tabulas potiſſimum comparata ſit emancipatorum gratia, quippe qui exhæredati aliud re-

remedium non habebant: eadem tamen & in poteſtate conſtitutis ſive ſuis hæredibus propoſita, ſi neque inſtituti neque exhæredati ſunt; *d. l. 1. in pr.* quamvis horum præteritione teſtamentum vitietur, nulliusque momenti jure civili ſit, *l. 1. de injuſt. rupt. teſt.* ut proinde ex abundanti hoc illis beneficium tribuatur, *fac. l. 2. C. eod. tit.*

2 *Vocat ad eandem poſſeſſ.*] Sequuntur nunc comparationes utriusque remedii à ſimilibus. Prima ſimilitudo in eo eſt, quod ut bonorum poſſeſſio unde liberi & ſuis & emancipatis pariter propoſita eſt, ita & hæc bonorum poſſeſſio contra tabulas, *d. l. 1. in pr. junct. §. 6. cont. tab.* Secunda, quod ſicut illa ab inteſtato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia ſunt, ita nec hæc eis detur contra illius tabulas: & eandem ſcilicet ob cauſam, quia alium patrem habent, cui ſui hæredes ſunt jure civili, *l. pen. non procul à pr. C. de adopt.* Tertia, quod quemadmodum illa ab inteſtato non datur emancipatis à patre adoptivo, ita nec hæc contra tabulas teſtamenti patris adoptivi; quia non ſunt amplius ex liberis, jure adoptionis per emancipationem ſoluto, *d. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. bon. poſſeſſ. cont. tab.*

3 *Ita longe minus contra tab.*] Ἀνασκευάζει à minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum poſſeſſionem ab inteſtato, is non debet admitti ad bonorum poſſeſſionem contra teſtamentum: illud enim minus eſt; hoc majus, propter favorem teſtamenti, cujus reſciſſio difficulter & non niſi gravi ex cauſa permittitur. Unde Juſtinianus, cum iis, qui adoptati ſunt ab extraneo, reſervet jus ſuccedendi ab inteſtato: tamen teſtamento facto præteritos aut exhæredatos à ſucceſſione in totum repellit, *d. l. pen. C. de adopt. §. ſed ea 14. inf. hoc. tit.*

TEXTUS.

Unde Cognati.

13. *Admonendi tamen ſumus, eos, qui in aliena familia ſunt, quive poſt mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, inteſtato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum poſſeſſionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, ſcilicet, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, ſi neque ſui hæredes liberi, neque emancipati obſtent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam ſuos hæredes, quam emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.*

NOTÆ.

13. Ea parte Edicti, Qua Liberi] Neque ex capite altero *unde legitimi.* Illud, quia alium patrem jure civili habent: hoc, quia deſierunt eſſe adgnati.

Qua cognati] Etenim naturale jus cognationis fortius eſt, quam ut per actum civilem adoptionis perimi poſſit, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. ſup. de leg. agn. tut.*

Neque adgnatus ullus] Nam prætor totum adgnatorum ordinem cognatis antepoſuit, *l. 1. quis ord. in bon. poſſ. inf. de ſucceſſ. cogn. in pr.* Hodie autem liberi, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, ſed agnatis etiam omnibus præferuntur, ſublato ſc. adgnationis & cognationis diſcrimine. *Nov. 118. c. 3. & 4.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur ab adrogatione emancipati poſt mortem patris naturalis admittantur ut cognati, non admittantur ut liberi.*

2. *Hodie vix eſſe hujus quæſtionis uſum.*

Declarat hic Imperator, quomodo accipiendum, quod dictum eſt, liberos, qui emancipati à patre naturali ſe in adoptionem dederunt, & adhuc, cum is moritur, in adoptiva familia ſunt, aut poſt mortem demum patris ab ea mancipati fuerunt ad bonorum ejus poſſeſſionem non admitti: nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi, quod ante quoque obiter monuimus, neque ex capite altero, quo vocantur agnati: ſed admitti tamen, tertio ſcilicet loco in ordine cognatorum, inque eo cæteris cognatis jure proximitatis proponi. Cujus 1
rei ratio hæc eſt; quia etſi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, agnati quoque eſſe deſinunt; cognationis tamen jura in familia patris naturalis ſemper retinent, utpote fortiora, quam ut per actum civilem adoptionis perimi poſſint, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. ſup. de leg. agn. tut.* Cur vero minus liberorum numero, quam cognatorum à prætore habentur, cum utrumque nomen æque naturale ſit? Quia abſurdum prætori viſum eſt, ſuorum hæredum loco eſſe patri naturali eos, qui alium patrem habent, cui ſunt ſui hæredes jure civili. Nam ſciendum eſt, emancipatos à prætore vocari non ſimpliciter ut liberos;

tos; ſed ut ſuos hæredes, quorum numero eos habet, *tit. ſeq. in pr.* proinde nomen liberorum propemodum civile eſſe, non utique vocis ſono, ſed intellectu juris prætorii. Hodie vix ullus eſſe videtur hujus §. uſus. Nam cum Juſtinianus diſcrimen agnatio-
2 nis & cognationis ſuſtulerit, & cognatos æque ac agnatos ad ſucceſſionem ab inteſtato vocaverit ſecundum gradus cujusque prærogativam; *Nov. 118. c. 3. & 4.* conſequens eſt, liberos, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, ſed agnatis etiam omnibus, præferri.

Poſt mortem naturalis parentis] Minime mirum: nam emancipatio hæc potius augere debebat, quam minuere jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cum adhuc eſſent in familia adoptiva. Sane niſi bonorum poſſeſſio patris naturalis deferretur liberis tunc, cum adhuc ſunt in familia aliena, non deferretur emancipatis poſt illius mortem: uti diſſeruimus *ſup. §. 10.*

Nec agnatus ullus] Nam prætor totum agnatorum ordinem cognatis antepoſuiſſet: & ideo licet remotiores ſint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur prætor dediſſe jure civili, quo agnati ſoli vocantur, cognatis inſuper habitis.

Ante enim prætor liberos, &c.] Hi ſunt tres illi gradus ſucceſſionum ab inteſtato, aut potius ordines ſuccedendi, quos prætorem feciſſe legimus. Primus ordo eſt liberorum ſive ſui hæredes ſint, ſive emancipati. Secundus legitimorum: nam ſtatim poſt liberos ad bonorum poſſeſſionem admittit agnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum excluſos vocat deficientibus agnatis, *l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. in pr. quis ord. in bon. poſſ.*

TEXTUS.

Emendatio juris antiqui. De Adoptivis.

14. *Sed ea omnia antiquitati placuerunt: aliquam autem emendationem à noſtra conſtitutione acceperunt, quam ſuper iis perſonis expoſuimus, quæ à patribus ſuis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Inveniemus etenim nonnullos caſus, in quibus filii & naturalium ſucceſſionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem ſoluta, ad neutrius patris ſucceſſionem vocabantur. Hoc, ſolito more, corrigentes, conſtitutionem ſcripſimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium ſuum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita ſervari, atque ſi in patris naturalis poteſtate permanſiſſet, nec penitus adoptio fuiſſet ſubſecuta; niſi in hoc tantummodo caſu, ut poſſit ab inteſtato ad patris adoptivi venire ſucceſſionem. Teſtamento autem ab eo facto, neq; jure civili, neq; prætorio, ex hæreditate ejus aliquid perſequi poteſt, neq; contra tabulas bonorum poſſeſſione agnita, neq; inofficioſi querela inſtituta; cum nec neceſſitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum inſtituere, vel exhæredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neq; ſi ex Sabiniano Senatusconſulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi caſu neq; quarta ei ſervatur, neq; ulla actio ad ejus perſecutionem ei competit. Noſtra autem conſtitutione exceptus eſt is, quem parens naturalis adoptatum ſuſceperit. Utroq; enim jure tam naturali quam legitimo in hanc perſonam concurrente, priſtina jura tali adoptioni ſervamus: quemadmodum ſi paterfamilias ſeſe dederit adrogandum; quæ ſpecialiter & ſingulatim ex præfatæ conſtitutionis tenore poſſunt colligi.*

NOTÆ.

14. NOSTRA CONSTITUTIONE] *l. pen. C. de adopt.* cujus frequens in his libris mentio, *§. 2. ſup. de adopt. § 8. quib. mod. jus pat pot. §. 5. ſup. de exh. lib. §. 1. ſup. quib. mod. teſt. inf.*

AB INTESTATO AD PATRIS ADOPTIVI, &c.] Et tanquam ſuus h[illegible]es. At liberis hujus patris adoptivi frater non fit, ne[illegible]is ſuccedit: quia jura

ra legitima in familia ejus non conſequitur, *d. l. pen.* §. *1.* Nec obloquitur ſibi Juſt. cum ait, emancipatione talis filii jura adoptiva diſſolvi, *d. l. pen.* §. *2.* Nam hoc non de jure familiæ aut patriæ poteſtatis intelligi debet; ſed de jure ſuccedendi ab inteſtato, quod ſolum apud patrem adoptivum habeat.

TESTAMENTO AUTEM FACTO] Hinc apparet minus eſſe, habere jus ſuccedendi ab inteſtato, quam aut teſtamentum nullum dicendi, aut evertendi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aut querelam inofficioſi.

EX TRIBUS MARIBUS] Ita quoque legitur *in d. l. pen.* §. *3. C. de adopt.* & apud Th. Qui lectionem immutant, corrumpunt, non corrigunt locum, add. Cujac. *in l. ult. C. de decur.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ mutatio quam ob cauſam circa ſucceſſionem adoptivorum facta à Juſtiniano.*
2. *Notatur Bachovii oſcitatio.*
3. *Collectiones Triboniani minime neceſſariæ.*
4. *Sabiniano Senatusconſulto quid cautum.*
5. *Diſputationem de ſucceſſione adoptivorum hodie inutilem eſſe.*

HOc §. refertur & inculcatur jus novum, quod à Juſtiniano circa liberos adoptivos introductum eſt, *l. pen. C. de adopt.* & de quo actum *ſup. de adopt. §. 2.* Summa huc redit Jus vetus ita fuit, ut non tantum qui adrogabantur, in poteſtatem & familiam patris adoptivi tranſirent; verum etiam qui filiifam. à patre naturali in adoptionem alii dabantur, ſine ulla diſtinctione jus liberorum & ſuorum hæredum in familia naturali amitterent, novumque nanciſcerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum, in adoptione nonnihil, propter incommodum, quod ex veteri jure naſci poterat.
1 Igitur in caſu filii à patre naturali in adoptionem dati ita Juſtiniano placuit, ut ſi datus ſit perſonæ extraneæ (qualis omnis, qui eſt extra lineam parentum) non tranſiret in poteſtatem & familiam hujus patris adoptivi, ſed jus parentis naturalis ſalvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus ſui hæredis: & porro quod huic conſequens erat, ut impune à patre adoptivo teſtamento facto præteriri aut exhæredari poſſet. Hoc uno tamen ei conceſſo, ut ab inteſtato huic patri ſuccedat. Si vero datus ſit perſonæ non extraneæ, ſed avo materno puta, aut nepos poſt emancipationem patris conceptus & editus avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit ſine ulla innovatione.

Quia invenimus nonnullos caſus] Uſus videtur plurativo pro ſingulari. Nam unus duntaxat caſus reperitur, quo in adoptionem extraneo dati & patris naturalis & adoptivi hæreditate excidere poterant, vid. ſi poſt mortem patris naturalis ex adoptione eſſent emancipati: cujus etiam ſolius mentio *in d. l. pen.*

Ut poſſit ab inteſtato] Et quidem jure ſui hæredis: hoc enim jus diſerte hactenus ei tribuitur *d. l. pen.* §. *1.* Atque ita occurrit hic caſus ſingularis, quo is qui in poteſtate non eſt, & tantum non extraneus, ſui hæredis jus habeat, voceturque ad hæreditatem una cum defuncti liberis naturalibus & legitimis.
2 Cæterum voluit Juſtinianus hanc adoptionem tantum prodeſſe adoptato ad ſolam ſucceſſionem extranei patris adoptivi, non etiam ad conſequenda jura legitima in ejus familia *d. l. pen.* §. *1.* Quamobrem vix ſcio quid ſibi velit Bachovius, qui pro limitatione hic addendum ſcribit *ex Nov. 118. cap. 3.* concurrere hunc extraneum adoptatum tantum cum liberis ab uno latere conjunctis; quia cum utrinque conjuncti excludant conſanguineos & uterinos, multo magis adoptatum excludere debeant, &c. Non puto, Bachovium tam profunde ſomniaſſe, ut, quamvis ſic loquatur, exiſtimaverit, liberorum quoſdam eſſe ex uno latere conjunctos, quoſdam ex utroque, & hos illis, ac proinde & adoptatis in ſucceſſione parentis ex *d. Nov.* præferri: ſed ut apparet ex *d. c. 3.* quod allegat, cogitaſſe de ſucceſſione collateralium, & admonere voluiſſe, in ea ſucceſſione adoptivos defuncti fratres ex *d. Nov. c. 3.* non plus juris habere poſſe, quam conjunctos ex uno parente tantum, quibus præferuntur conjuncti utrinque. Credibile quoque eſt, eum intellexiſſe liberos adrogatos: nam hi, de quibus hic agimus, liberis extranei adoptatoris fratres non ſunt, nec eis ſuccedunt prorſus. Utut ſit, aut alienum eſt, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili neque jure prætorio] Olim liberi adoptivi omnes, qui tranſibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quam juſtis nuptiis quæſiti, hæredes inſtitui aut exhæredari debebant: præteriti & jure civili teſtamentum nullum dicere poterant, & jure prætorio contra tabulas bonorum poſſeſſionem petere: exhæredatis patebat querela inofficioſi teſtamenti, *§. 4. ſup. de exhær. lib. l. 1. in pr. cont. tab. §. 2. ſup. de inoff. teſt.* quod Juſtiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, velut conſequens ei, quod voluit, eos non tranſire in adoptivi patris poteſtatem. Ergo ex d. conſtitutione impune hi præteriri vel exhæredari poſſunt, nulloque remedio, ſive civili ſive prætorio, adverſus teſtamentum adjuvantur, *d. l. pen. Cod. de adopt.* Non obloquitur ſibi Juſtinianus, cum ait, eman-

emancipatione talis filii jura adoptiva diſſolvi, *l. pen.* §. *2.* hoc enim non de jure familiæ aut patriæ poteſtatis intelligi debet, ſed de jure ſuccedendi ab inteſtato, quod ſolum apud patrem adoptivum habebat.

3 *Cum nec neceſſitas imponatur patri adoptivo*] Non ſatis bona collectio : Non eſt neceſſe hunc hæredem inſtituere vel exhæredem facere : ergo nullo remedio contra teſtamentum uti poteſt. Nam nec mater nec avus maternus liberos, nec liberi parentes neceſſe habent hæredes inſtituere aut exhæredare, qui tamen præteriti aut exhæredari teſtamentum per querelam inofficioſi impugnat. Sic nec illa conſecutio neceſſaria eſt : Non eſt mihi naturali vinculo copulatus; ergo non eſt neceſſe eum hæredem inſtituere, &c. quaſi ſolo vinculo civili nemo adſtringatur ad aliquem hæredem inſtituendum, &c. quæ tamen vis adhuc hodie eſt adrogationis, ut *in fin. hujus* §.

4 *Ex Sabiniano Senatusconſulto ex tribus maribus*] Quo Senatusconſulto quantum ex hoc loco conjicere eſt, cautum fuit, ut qui unum è tribus alterius liberis maribus adoptaſſet, quartam partem ei bonorum ſuorum relinquere cogeretur, ſicut ex conſtitutione Antonini Pii quarta relinquenda eſt adrogato impuberi. Ex eodem Senatusconſulto manaſſe videtur, quod Juſtinianus commemorat *in l. ult. C. de decur. lib. 10.* ut qui tres mares haberet, ſi unum ex iis, qui decurio eſſet, in ſenatum maximum allegendum curaret, ei curiæ liberationem pareret : quod referendum inter privilegia πολυπαιδείας. Meminit quoque hujus Senatusconſulti Juſtinianus in *d. l. pen.* §. *3. C. de adopt* Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Connan. *2. comm. 15.* vel aliter legunt, & pro *tribus maribus*, ut etiam legitur apud Theophil. ſubſtituunt *tribus manibus*, ut *Alciat. 4. parerg. 3* *tribus mancipationibus*, ut *Ravard. c. 6. de auct. prud. add.* Cujac. *in d. l. ult. C. de decur.* Gothofr. *ad d. l. pen.* § *3. C. de adopt.*

Priſtina jura tali adoptioni ſervamus] Propterea quod hoc caſu concurrente naturali vinculo cum civili, ceſſat metus ſuperioris incommodi, ne ſcilicet adoptatus ab utriusque patris ſucceſſione aliquando excludatur; qui ſenſus eſt *d. l. pen.* Jus vetus adoptionis plane nunc exolevit : neque enim adoptati aut liberorum aut agnatorum aut cognatorum jure hodie cenſentur, ſed tantum pro alumnis ſunt : ut proinde tota diſputatio de ſucceſſione liberorum adoptivorum hodie ſit inutilis : Videſis quæ *ſup. tit. de adopt.*

TEXTUS.

De deſcendentibus ex fœminis.

15. Item vetuſtas ex maſculis progenitos plus diligens, ſolos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili ſexu deſcendunt, ad ſuorum vocabat ſucceſſionem, & jure agnatorum eos anteponebat : nepotes autem, qui ex filiabus nati ſunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerans, poſt agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, ſive paternæ ſive maternæ ſucceſſionem. Divi autem Principes non paſſi ſunt talem contra naturam injuriam ſine competenti emendatione relinquere: ſed cum nepotis & pronepotis nomen commune ſit utriusque, tam qui ex maſculis, quam qui ex fœminis deſcendunt, ideo eundem gradum & ordinem ſucceſſionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid ſit eis, qui non ſolum naturæ, ſed etiam veteris juris ſuffragiis muniuntur, portionem nepotum vel neptum, vel deinceps, (de quibus ſupra diximus) paulo minuendam eſſe exiſtimaverunt; ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum, vel avia, fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus ſive maternus, quando fœmina mortua ſit, cujus de hæreditate agitur : iisque licet ſoli ſint, adeuntibus, agnatos minime vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes, in locum patris ſui ad ſucceſſionem avi ſui vocat : ita & principalis diſpoſitio in locum matris ſuæ vel aviæ eos cum jam deſigna-

ſignata partis tertiæ deminutione vocat. Sed nos, cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem ſubſtantiæ defuncti agnatis ſibi vindicantibus ex cujusdam conſtitutionis auctoritate, memoratam quidem conſtitutionem à noſtro Codice ſegregavimus, neque inſeri eam ex Theodoſiano Codice in eo conceſſimus. Noſtra autem conſtitutione promulgata, toti juri ejus derogatum eſt: & ſanximus talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte: vel deinceps ſuperſtitibus, adgnatos nullam partem mortui ſucceſſionis ſibi vindicare: ne hi qui ex transverſa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure deſcendunt. Quam conſtitutionem noſtram obtinere ſecundum ſui vigorem & tempora & nunc ſancimus: ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas ſtatuit, non in capita, ſed in ſtirpes dividi hæreditatem, ſimiliter nos inter filios & nepotes ex filia diſtributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes vel proneptes, & alias deinceps perſonas; ut utraque progenies matris vel patris, aviæ vel avi portionem ſine ulla deminutione conſequatur: ut ſi forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.

NOTÆ.

15. ITEM VETUSTAS] Intelligit tum legem 12. tabb. tum jus prætorium: nam & prætor nepotes, &c. ex ſexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine, poſt lineam adgnatorum.

QUAM MATER EORUM] Ex. ca. Titius deceſſit relicto filio, & ex filia præmortua nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. aut ſi emancipatus eſt, ſuffragatione juris prætorii, beſſem hæreditatis ex d. conſtitutione feret, nepos trientem reliquum, id eſt, tertia parte minus, quam mater ſatura fuiſſet.

VEL AVIA] Hic ponendum thema, quo quæritur, de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia.

VEL PATER EORUM] Adde *vel mater* v. c. Titia deceſſit relicto filio aut filia, & nepote nepteve ex filio filiave demortui. Hic quia filio aut filiæ ſuffragatur SC. Orficianum *inf. tit. 4. pr. & §. 1.* nepos neptisve ex d. conſtitutione non aliter admittuntur, quam cum deminutione tertiæ partis.

QUARTAM PARTEM SUBSTANTIÆ] Hanc quartam adgnati ſibi vindicabant, nepotibus ex filia ſolis exiſtentibus, non quando concurrebant cum munitis ſuffragio juris veteris: memorati Principes quandam Falcidiam vocant.

SED IN STIRPES] Ut in locum parentum veniant, ſuccedantque ad inſtar nepotum & pronepotum ex virili ſexu.

SINE ULLA DEMINUTIONE] Quartæ ſcilicet adgnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex ſexu virili: nam tertiæ deductionem tributam iis, qui etiam juris veteris ſuffragatione nituntur, intactam reliquit, *l. ult. C. de ſuis & leg. lib.* ad quam hic ſe refert. Jure noviſſimo par liberorum omnium in ſucceſſione ab inteſtato conditio. *Nov. 118 c. 1.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui deſcendentium lege 12. tabb. & à prætore ad ſucceſſionem inteſtati vocentur.*
2. *Iuris veteris derogatio qua ratione, & an ſufficienti nitatur.*
3. *Planius & plenius, quam vulgo, explicatur quatenus per l. 4. C. Theodoſ. de legit. hæred. veteri juri derogatum.*
4. *Quid inſuper detractum, quid adjectum conſtitutione Iuſtiniani l ult. C. de ſuis & leg. lib.*
5. *Cantiunculæ & Mynſingeri error.*

HÆc pars eſt hujus tituli poſtrema, in qua primũ repetuntur ex vetuſto jure differentiæ circa ſucceſſionem deſcendentium ex maſculis & fœminis: deinde oſtenditur, quantũ his differentiis detractum & de antiquo jure derogatũ ſit conſtitutione recentiorum principum, & poſtremo Juſtiniani. Locus eſt obſcurus & ænigmaticus, à paucis intelle-

ctus, & ab his, qui eum intellexiſſe videntur, ita explicatus, ut tamen aliquid amplius deſideres, & plus lucis. Plenius ergo & planius, ſi potero, rem totam explicabo.

1 *Item vetuſtas*] Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus prætorium. Falluntur enim, qui putant, legem duodecim tabularum ad hæreditatem ab inteſtato vocaſſe tam natos ex filiabus, quam ex filiis, totumque illud diſcrimen, quod hic refertur, adſcribunt mediæ jurisprudentiæ, inter quos Mynſ. Cantiunc. & Giphanius Etenim palam eſt, lege duodecim tabb. ex deſcendentibus eos ſolos ad hæreditatem vocari, qui ſunt ſui hæredes, atque his deficientibus ex transverſa linea ſolos agnatos: eos vero qui tantum cognati eſſent, jus ſucceſſionis ab inteſtato nullum ex ea lege habuiſſe. Nimirum Decemviri, ut dignitati,& propagationi familiarum conſulerent, ad eos ſolum ſucceſſionem pertinere voluerunt, qui eſſent ejusdem gentis & familiæ. Quare cum nepotes ex filia non ſint ſui hæredes avo materno, ſed patri, in cujus ſunt poteſtate; & fœmina non ſuam aut patris, ſed alienam, in quam nubit, familiam propaget; *l. 195. §. ult. de verb. ſigni.* non poterant hi nepotes ad ſucceſſionem avi materni ullo modo venire, excludebanturque non tantum à filiis & filiabus defuncti, ab iisve, qui ex filiis eſſent progeniti; verum etiam ab agnatis ejus. Denique prætor emancipatos duntaxat inter ſuos vocabat, ut maſculorum quoque progeniem: hoſce autem nepotes, & cæteros ex ſexu muliebri demum poſt lineam agnatorum, in tertio ſcilicet ordine, qui cognatorum eſt.

Quam aviæ vel proaviæ ſive paternæ ſive maternæ] In aviæ aut proaviæ paternæ ſucceſſione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege 12. tabb. habent, quam habent in ſucceſſione avi proavive, aviæ, proaviæve maternorum: non enim magis aviæ aut proaviæ paternæ ſui hæredes aut agnati ſunt, quam avo aut proavo materno, &c. cum nec filius matri ſit, ob eamque cauſam nec ipſe matri ex lege ſuccedat; nec à prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filiæ mentionem non facit; quia his matris legitima hæreditas pridem delata fuerat Senatus conſulto Orficiano, non aviæ nepotibus, *inf. tit. 4.* & ideo recte ait, nepotes pronepotesve ataviæ & proaviæ ſucceſſionem à prætore admiſſos fuiſſe demum in linea cognatorum, quia nec poſt illud Senatusconſultum jus liberorum in ea ſucceſſione habebant.

Divi autem Principes non paſſi ſunt, &c.] Sequitur jam derogatio juris antiqui; quæ auctores habet Valentinianum, Theodoſium & Arcadium *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* quam parte aliqua mutilatam in Codicem ſuum retulit Juſtinianus *l. 9. C. de ſuis & leg. lib.* Juſtitia derogationis duplici ratione commendatur. 1. quia inæqualitas illa juris inter deſcendentes ex maſculis & fœminis injurioſa in ipſam naturam; quomodo alibi naturæ accuſatores appellat, qui differentiam inducunt inter maſculos & fœminas, *l. 4. C. de lib. præt.* 2. quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex fœminis, quam qui ex maribus progeniti ſunt, conveniens. Quarum tamen rationum, ſi libere dicendum eſt, altera vera non videtur, altera minime ſufficiens. Nam quæ injuria eſt in naturam, ſi is, qui jus percipiendarum hæreditatum in ſua familia habet, ut ſuus, aut agnatus, non admittatur eodem jure in familia aliena, ne duabus in familiis ſimul regnum teneat? Deinde ſi contra naturam non eſt, hoc proſpicere, ut ne familiæ ſplendor ac dignitas minuatur aut pereat; ſed conſentaneum etiam juri gentium legibusque plurimarum bene ordinatarum civitatum, dare operam, ut ſartæ tectæ familiæ conſerventur; non poteſt à ratione naturali alienum videri, ſi maſculi potius atque ex maſculis deſcendentes, propagatores & columnæ familiarum, quam fœminæ, in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem vocentur: quod & ipſum diligenter cautum reperitur legibus Moſaicis, *Num. 27. 8. Vid. Philon. de vit. Moſ. 3.* Hinc jam ſponte intelligitur, quam ficulneum argumentum ſit alterum, quod à communione petitur nominis, ad inducendam juris æqualitatem inter eos, quos tam inſignis conſideratio di jungit. Sed videamus quid placitum Græcis Principibus. 2

Eundem ordinem & gradum ſucceſſionis] Donaverunt Imperatores eundem gradũ ſucceſſionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hic ſermo eſt, quem habent illi, qui ſuccedunt ex lege duodecim tabularum, & qui vocantur à prætore: hoc eſt; voluerunt ex fœminis prognatos non minus jus liberorum & ſucceſſionis ab inteſtato habere, quam prognati ex maſculis, ut ſui hæredes habent ex lege 12. tabb. & liberi emancipati ex edicto prætoris unde liberi, ut cum his in ſucceſſione concurrant. Addo, ut ſequentia minore negotio percipiantur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patruis ſcilicet & avunculis ſuis, in ſucceſſione aviæ, quos jam temporibus Marci agnatis in ſucceſſione matris præpoſuerat Senatusconſult. Orficianum. Cæterum, portio horum nepotum aliquantum memoratorum Principum conſtitutione minuta fuit, ut mox audiemus. 3

Veteris juris ſuffragiis muniuntur] Jus vetus hic accipere debemus tum legem duodecim tabularum, quæ ex liberis ſuos duntaxat hæredes ad hæreditatem vocabat; tum edictum prætoris quo ad bonorum poſſeſſionem ab inteſtato invitantur liberi eman-

emancipati: & denique Senatuſconſultum Orficianum, quo, ut diximus, matris legitimæ hæreditas defertur filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus §. ſe extendit, quam ſpondet principium, pluſque ſenſit, quam ſcripſit Juſtinianus, uti ſtatim videbimus.

Vt minus tertia parte] Quamvis prædicti Principes nepotes nepteſque ex ſexu fœmineo deſcendentes cum his, à quibus jure veteri in totum excludebantur, ad ſucceſſionem ab inteſtato admiſerint; noluerunt tamen, illos cum his æqualiter hæreditatem partiri, ſed aliquando plus habere eos, qui etiam juris veteris ſuffragatione nituntur, & nimirum illos triente minus, quam hos, conſequi, *d. l. 9. C. de ſuis & legit.* quod datum reverentiæ juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia] Caſus pertinens ad ſucceſſionem adſcendentium marium, cum defunctus deſcendentibus unis pater, avuſque aut proavus paternus, aliis avus proavuſque maternus eſt: de fœminarum adſcendentium ſucceſſione mox ſubjicitur. Cum igitur de ſucceſſione avi materni quæritur inter filium ſuperſtitem & ex filia demortua nepotes, hic filius, quia juvatur prærogativa legis duodecim tab. aut ſi emancipatus eſt, ſuffragio juris prætorii, beſſem hæreditatis ex d. conſtitutione feret, nepotes trientem reliquum, id eſt, hi tertia parte minus ferunt, quam mater ſuperſtes latura fuiſſet: illa enim hæreditatem paternam æqualiter cum fratre ſuo diviſiſſet: jam ſi de ſemiſſe, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas, triens tantum nepotibus relinquitur, alter ſemis auctus acceſſione detracti ſextantis beſſem efficit. Similiter quando quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia, filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit, quam hi pronepotes, qui pro ſemiſſe, in quem avia eorum vocata fuiſſet, trientem tantum accipiunt, id eſt, tertia parte minus. Nihil autem in ſucceſſione proavi materni intereſt, nati ſint pronepotes ex nepte an ex nepote ex filia: nam quod ad ſtirpem attinet, aviam ſcilicet, filiam proavi, omnes ex ſexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrum pari gradu, an impari ſint deſcendentes ex ſexu virili cum poſteris ex ſexu ſequiore, remotiores, an propiores. Nam etſi ex filio tantum nepos ſit aut pronepos ex nepote ex filio nato, ſive ſuus ſive emancipatus, & ex adverſo nepos ex filia: illi nihilominus propter ſuffragationem juris veteris beſſem totius hæreditatis auferent, hic non amplius triente.

Pater eorum, vel avus paternus ſive maternus, quando fœmina mortua] Hic apparet, plus ſenſiſſe Juſtinianum, quam hactenus ſcripſit. Nihil enim huc uſque traditum eſt, quo id quod hic proponitur, referri poſſe videtur. Nam initio locutus eſt tantum de deſcendentibus ex maſculis, quos ſolos dixit à veteribus ut liberos ad hæreditatem vocatos fuiſſe, inſuper habitis iis, qui ex fœmineo ſexu deſcenderent. Deinde ait, hos eum illis admiſſos fuiſſe à Divis Principibus, cum deminutione tamen tertiæ partis, propter ſuffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex viris progeniti ſunt. Quamobrem quod hic ſcribit, ænigma videri poterat, niſi ante monuiſſem, id quod de juris veteris prærogativa dixit, ex mente ejus referendum eſſe etiam ad eos, quibus ſuffragatur Senatuſconſultum Orficianum; quod collatum cum conſtitutione dd Principum, ſane vetus etiam eſt. Hoc Senatus conſulto vocantur liberi ad hæreditatem matris, & vocantur pleno jure abſque partis ullius detractione, excluſis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi duntaxat primi gradus filii ſc. & filiæ: nepotes & deinceps ad ſucceſſionem aviæ non vocantur. *tit. 4. inf. in pr. & §. 1.* Sed hi demum cum iſtis admiſſi ſunt eadem illa conſtitutione, cujus jam ſæpe facta mentio: admiſſi vero cum deminutione item tertiæ partis, propterea quod filii & filiæ juris quoque veteris ſuffragio muniti erant, id eſt, Senatuſconſulto Orficiano.

Pater eorum] Supple, vel mater. Caſus enim eſt, in quo agitur de hæreditate fœminæ defunctæ dividenda inter liberos primi & ſecundi gradus. Pone igitur, hinc eſſe filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortuis. Senatuſconſultum Orficianum hæreditatem ex aſſe attribuit ſoli filio aut filiæ, nepoti neptive nihil. Ex nova vero conſtitutione etiam nepos & neptis ad aviæ ſucceſſionem vocantur, & ſimul cum filio filiave; ita tamen, ut pati debeant tertiam ſibi detrahi de parte, quam integram pater eorum vel mater ſuperſtites habituri fuiſſent in materna hæreditate ex Senatuſconſulto.

Vel avus paternus ſive maternus] Caſus quo quæritur de ſucceſſione fœminæ defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes proneptesve, qui tertio gradu ſunt: ſupplendum igitur, *vel avia paterna ſive materna:* nam hæ quoque ſuperſtites matri ſucceſſiſſent ex Senatuſconſulto. Ponamus ergo, cum filio aut filia ſuperſtitibus concurrere pronepotes proneptesve natos natasve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio aut filia demortuis. Hi pronepotes proneptesve in totum à ſucceſſione proaviæ repelluntur Senatuſconſulto. A Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur: cæterũ cum deminutione illa, quam diximus, partis aviæ: quod datum honori Senatus; ut ſc. tertia minus conſequantur, quam habituri fuiſſent avi aviæve, qui ſi viverent, ex æquo cum fratre aut ſorore maternam hæ-

hæreditatem partirentur. Sed quid dicendum in propoſito, ſi hinc nepos tantum ſit, aut neptis illinc pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? Recte nimirum cenſet Horomannus, nihil amplius hic laturos nepotes, quam pronepotes: ſed æqualiter omnes, illos ad aviæ, hos ad proaviæ hæreditatem ex principali diſpoſitione admittendos eſſe: quia cum nepotes in ſucceſſione aviæ non magis jus liberorum ante conſtitutionem habuerint, quam pronepotes in ſucceſſione proaviæ, ſive legem antiquam conſideres, ſive edictum prætoris, ſive denique SenatusConſultum Orficianum, non poſſunt illi majorem ſibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris ullius antiquioris ſuffragium, quo nomine tantum detractio illa à Principibus permiſſa eſt.

Licet ſoli ſint; adeuntibus, agnatos minime vocabant] Hoc non ſic accipiendum eſt, quaſi agnati hoc caſu in totum fuerint excluſi, quod demum à Juſtiniano conſtitutum, ut ipſe poſtea commemorat; ſed non admiſſi ſoli & in ſolidum, ut jure antiquo. Liquet enim ex conſtitutione, ut ea integra extat in Codice *Theod. l. 4. de legit. hær.* agnatos non penitus excludi, neque priore illo caſu, cum avo aut proavo mortuo ſoli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex ſexu muliebri deſcendentes, neque hoc poſteriore, cum mortua avia aut proavia ſoli reperiuntur liberi ſecundi aut inferioris gradus: ſed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hæreditatis. Hoc enim eſt, quod in d. conſtitutione legimus, agnatos in caſibus propoſitis in quandam Falcidiam, nepotes in dodrantem ſuccedere. Cæterum hæc pars d. conſtitutioni detracta eſt à Triboniano inſerente eam Codici Juſtinianeo, *l. 9. C. de ſuis & legit.* propter. *l. ult. Cod. eod.* qua quarta illa adempta agnati in totum repelluntur, ut poſtea iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim tabularum, &c.] *ita principalis diſpoſitio. &c.* Dicendum erat, quemadmodum lex 12. tabb. filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hæreditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris ſui aut avi paterni, ut una cum ſuperſtitibus defuncti filiis aut filiabus ſuccedant: ita ex diſpoſitione principali, mortua filia, nepotes & pronepotes ex ea vocari ad ſucceſſionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris ſuæ aut aviæ maternæ, ut ſimul ſuccedant cum defuncti liberis ſuperſtitibus, ſive ſuis hæredibus, quos ſolos decemviri, ſive emancipatis, quos præterea admittit prætor: & quemadmodum SenatusconſultumOrficianum filios tantum & filias vocat ad ſucceſſionem matris, ita diſpoſitionem principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad ſucceſſionem aviæ aut proaviæ ſive paternæ, ſive maternæ, & ſimul etiam cum liberis primi gradus: ſed & in hoc & in ſuperiore concurſu detractionem tertiæ partis, quam diximus, pati.

Cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos, &c.] Sequitur juris antiqui altera adrogatio, & augmentum juris, quod deſcendentibus ex ſexu muliebri acceſſit conſtitutione Juſtiniani *l. ult. C. de ſuis & legit. lib.* Ait, *cum adhuc dubitatio &c.* non quod jus dubium fuit; quippe cautum expreſſe *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* Sed hoc vult dicere, cum adhuc agnati ex ejusdem conſtitutionis auctoritate (ſic legendum, non *cujusdam* quæ eſt *d. l. 4.* nepotibus ex fœminis ſolis exiſtentibus (nam cum concurrebant cum liberis, qui etiam jure veteri vocabantur, agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem ſibi vindicare poterant, ſe hoc jus in totum conſtitutione ſua abrogaſſe, quæ eſt *d. l. ult. C. de ſuis & legit. lib.* atque ob eam cauſam noluiſſe conſtitutionem prædictam ſuo Codici inſeri, id eſt, noluiſſe inſeri integram: nam utique detracta illa clauſula, qua agnati in quadrantem vocabantur, inſerta eſt, Confer. *d. l. 4. Cod. Theod. de legit. hær.* cum *l. 9. Cod. Juſtin. de ſuis & legit. lib.* Quartam igitur agnatorum tantum ſuſtulit, deductionem tertiæ reliquit.

Ne hic, qui ex transverſa linea veniunt, potiores] Rectius dixiſſet, ne qui ex tranſverſa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis deſcendunt, ad ſucceſſionem admittantur, vel in partem aliquam duntaxat. Quanquam in eo nihil abſurdi eſt, ſi collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in ſucceſſione iis deſcendentibus, qui non ſunt de familia defuncti.

Non in capita, ſed in ſtirpes] Poſtquam nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepte nepoteve ex filia hoc jus datum eſt, ut in locum veniant parentum ex virili ſexu; non ſine ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, ſive ſoli ſint, ſed plures ex diverſa ſtirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, ſive cum filiis aliisve deſcendentibus ex virili ſexu concurrant, cum deminutione tertiæ partis.

Ut utraque progenies matris vel patris, &c.] Non tantum igitur cum de ſucceſſione maſculi agitur, avi aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam ſoli exiſtentes agnatos excludent, quamvis hactenus nihil amplius dictum: ſed etiam cum fœmina mortua proponitur, avia vel proavia ſive paternæ ſive maternæ: & in hac item ſucceſſione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem divident, ſalvo liberis primi gradus, ſi cum his concurrant, jus deducendæ tertiæ partis.

Sine

3 *Sine ulla deminutione*] Hæc ita ſcripta ſunt, ut non ſine cauſa exiſtimare quis poſſit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex ſexu virili denegari tertiæ deductionem, quod etiam Cantiuncula & Mynſing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitaſſe Juſtinianum, pater tum ex ſæpe memorata conſtitutione Principum, quam ita in Codicem ſuum retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quam particulam, qua in quadrantem vocantur agnati cum poſteris ex ſexu fœmineo, non concurrentibus cum illis liberis, qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte, qua iſtis tertiæ deductio tribuitur, intacta: tum ex ipſius conſtitutione Juſtiniani, ad quam hic ſe refert, ſcilicet *l. ult. C. de ſuis & legit. lib.* quæ quidem correctoria illius Principum, ſed quartam duntaxat tollit agnatorum. Jure noviſſimo par liberorum omnium in ſucceſſione ab inteſtato conditio eſt, *Nov. 118. cap. 1.* de quo accuratius *inf. poſt. tit. 5.*

TITULUS II.

D. lib. 38. t. 16. C. lib. 6. t. 58.

De legitima adgnatorum ſucceſſione.

Continuatio, & argumentum tituli.

Hucusque de primo ordine ſuccedentium ab inteſtato, in quo ſunt deſcendentes ſive liberi, ex lege duodecim tabularum ſoli ſui hæredes, §. 1. *tit. præc.* ex jure prætorio etiam emancipati, § *9. eod.* ex conſtitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex ſexu fœmineo, de quibus *in* §. *ult. eod.* Sequitur ordo ſecundus, qui agnatorum fuit: inſiſtit enim Imperator veſtigiis legis duodecim, qua nemo ex adſcendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii; quia ſi filius in poteſtate fuerat, nec habere poterat hæredem, cum patri omnia acquireret, & bona caſtrenſia, quæ poſtea filio conceſſa, eo inteſtato mortuo occupat pater jure peculii, *l. 2. de caſtr. pecul.* ſin emancipatus, pater huic & ille patri, ratione familiæ extraneus erat. Sed nec prætor patrem qua patrem, vocabat ante ordinem cognatorum, *l. 10. de ſuis & legit.* Ajo, qua patrem: nam jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam, *d. l. 16.* Non mater, quia & ipſa filio eadem ratione extranea; & ideo à prætore quoque inter cognatos demum admiſſa fuit. De Senatusconſulto Tertylliano videbimus *tit. ſeq.* Hoc titulo primum deſcriptionem habemus agnatorum tum naturalium tum adoptivorum: mox docetur qui ex his & quomodo ſuccedant, & tum mares, tum fœminæ: hinc quo ordine vocentur; & poſtremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

TEXTUS.

Secundus ordo hæredum legitimorum.

Si nemo ſuus hæres, vel eorum, quos inter ſuos hæredes prætor vel conſtitutiones vocant, exiſtat, qui ſucceſſionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.

NOTÆ.

QUOS PRÆTOR VEL CONSTITUTIONES] Scil. liberos emancipatos, & nepotes ex ſexu fœmineo, quorum illos prætor, hos conſtitutiones vocant, §. *9 & ult. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

Exiſtat] Nec ſperetur fore, ut exiſtat. Nam quamdiu vel ſpes eſt futurum, ut ſuus hæres defuncto exiſtat, tamdiu agnatis locus non eſt; puta ſi defuncti uxor prægnans ſit, quæ ſuum hæredem pariturа ſperatur: aut defuncti filius apud hoſtes ſit, qui de captivitate reverti poteſt, *l. pen. §. 1. unde legit. fac. l. 2. in pr. de ſuis & legit. Vlp. tit. 26. §. 2.*

Tunc ex lege duodecim tab. ad agnatum proximum] Dictum hoc paulo craſſius. Nam lex 12. tabularum ex liberis eos ſolos ad hæreditatem vocat, qui ſunt vere ſui hæredes hoc eſt, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in poteſtate ejus erant, & proximum ab eo gradum in familia obtinebant; atque his non extantibus, ſtatim loco proximo agnatos: ſed poſtquam & alii tum à prætore tum conſtitutionibus admiſſi ſunt & præpoſiti agnatis, lex duodecim, non niſi iſtis quoque deficientibus vim ſuam exercuit, agnatisque detulit hæreditatem.

Adgnatum proximum] In primo ordine ſufficit, verbi cauſa, ſuum eſſe, nec gradus quæritur: in ſecundo agnatum eſſe non ſufficit: ſed proximitatis ſive graduum ratio habetur ex verbis legis duodecim,

cim, *§. 5. inf. hoc tit. l. 2. §. 4. de ſuis & legit.* in duodecim *adgnatus* proximus, familiam habeto.

TEXTUS.

De agnatis naturalibus.

1. Sunt autem adgnati (ut primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis ſexus perſonas cognatione conjuncti, quaſi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres, adgnati ſibi ſunt: qui & conſanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, invicem is illi adgnatus eſt. Eodem numero ſunt fratres patrueles, id eſt, qui ex duobus fratribus procreati ſunt, qui etiam conſobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Ii etiam qui poſt mortem patris naſcuntur, jura conſanguinitatis vanciſcuntur. Non tamen omnibus ſimul adgnatis dat lex hæreditatem: ſed iis, qui tunc proximiore gradu ſunt, cum certum eſſe cœperit, aliquem inteſtatum deceſſiſſe.

NOTÆ.

I. LIBRO PRIMO] *ſup. tit. de legit. agn. tut. in pr.*

PER VIRILIS SEXUS PERSON. CONJUNCTI] Supple, *nec capite minuti. §. ult. ſup. d. tit.* & generali quidem nomine adgnatorum continentur etiam ſui, *l. ult. §. 3. de grad. & affin. l. 12. de ſuis & legit.* In ſpecie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem ſexum conjuncti: & ſpecialiſſime iis, qui ſequuntur confanguineos, id eſt, fratres *ὁμοπατρίους*, *l. 2. pr. de ſuis & leg.*

COMMENTARIUS.

1. Modeſtini locus in l. 5. unde legit. expoſitus.
2. Quot modis nomen agnatorum uſurpetur.
3. Qui noſtris conſanguinei: & unde ſic appellentur.
4. Prærogativa conſanguinitatis ſublata.

COgnati per virilis ſexus perſonas] Eodem modo deſcribit adgnatos *lib. 1. tit. de leg. agn. tut.* & JC. *l. ultim. §. 2. de grad. & affin.* nempe inter cognatos & agnatos hoc intereſt, quod inter genus & ſpeciem, ut ait Paul. *d. l. ult. §. 4. de grad. & affin.* genus cognati, agnati ſpecies cognatorum. Cæterum nomen cognationis non tantum generale eſt, ſed etiam ſpeciale, & proprium eorum, qui vel per fœminei ſexus perſonas conjunguntur, *d. l. ult. §. 2.* vel capitis deminutione jus adgnationis amiſerunt: quippe ad quos ſpeciali & proprio deſignandos diſcernendoſque ab agnatis neceſſe fuit, nomen generale atque utriuſque commune coarctare & quaſi proprium facere ejus ſpeciei, quæ aliud nomen proprium non invenit: quod in aliis quoque nominibus ſæpe uſuvenit, ut notavimus *ſup. de adopt. §. 1.* eaque ſignificatio frequentiſſima & in hoc argumento fere perpetua eſt. Alio autem ſenſu dixit Modeſtinus in agnatis & cognatos contineri, in 1
cognatis non utrque & adgnatos *l. 5. unde leg.* nimirum conſiderans, eſſentiam generis & ſpeciei. Generis enim eſſentia tota ineſt in ſingulis ſpeciebus: tota vero ſpeciei eſſentia tota ineſt in ſingulis ſpeciebus: tota vero ſpeciei eſſentia non eſt in genere: ſiquidem, ut Porphyrius *cap. 4. ſcribit*, διαφορά ἐστιν ἣ πλεονάζει τὸ εἶδος τοῦ γένους, & ibid Γένος δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς τῶν ὑφ' αὑτὸ διαφοράς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίας. Adgnatorum quoque nomen modo generalius, modo ſpecialius uſurpatur. Ge- 2
nerali ſignificatione continentur etiam ſui, *d. l. ultim. § 3. de grad. & affin.* unde filius dicitur patri eſſe adgnatus proximus, *l. 12. de ſuis & legit.* Specialiter vero adgnati appellantur, qui ex latere ſunt per virilem ſexum conjuncti, ut in præſenti tit. Sed & ex his quidam nacti ſunt nomen ſpeciale, vocatique conſanguinei, ut frates & ſorores eodem patre geniti: unde altera vocis reſtrictio, agnatique ſpecialiſſime appellati, qui fratres ſequuntur, *l. 2. in pr. & §. 1. de ſuis & legit. l. 4. unde cogn. l. 6. §. 1. ad Tertyll.* quam diſtinctionem media peperit juriſprudentia.

Qui & conſanguinei vocantur] Fratres ὁμοπάτριοι, id eſt, ex eodem patre nati, conſanguinei no- 3
ſtris dicuntur. Gajus *lib. 2. tit. 8. §. 3. l. 3. C. de legit. tut. l. 1. l. 6. C. de legit. hæred.* Hinc Virgilius 6. *Æneid.* ſoporem appellat *lethi conſanguineum*, quem Homerus *ξ Illiad.* Κασίγνητον θανάτοιο. Græci ὁμαίμους vocant, teſte Theophilo. Dicuntur & σύναιμοι Sophocles in *Ajac.* τὸν τοῦ μανέντος ξύναιμον ἀποκαλοῦντες. *fratrem furioſi vexantes.* Ita conſanguineum interpretaberis *l. 1. §. poſt [illegible]. l. 2. in pr. de ſuis & legit.*

legit. l. 1. §. pen. l. 6. §. 1. l. 7. ad Tertyll. l. 1. C. ad Orfic. l. 3. C. de legit. hæred. Caſſius conſanguineos definit, qui ſanguine inter ſe connexi ſunt, *d. l. 1. §. pen. de ſuis & leg.* quæ definitio nimis lata videtur: nam & cæteri agnati atque adeo cognati omnes ſanguine inter ſe conjuncti ſunt. Quin etiam per jus ſanguinis ſola naturalis cognatio ſæpe ſignificatur: ut in *l. 2. unde cogn. l. 12. de manum. vind. l. 23. de adopt. l. 8. de reg. jur.* Neceſſe igitur eſt propria quadam ratione fratres eodem patre progenitos iſto nomine, alioqui communi, appellatos eſſe; fortaſſis quia hi eundem ſanguinis auctorem immediate habent; & quod ſanguinis origo magis ex patre æſtimanda ſit, quam ex matre: quippe cum etiam Peripatetici, ſi Galeno & recentioribus quibusdam credimus, totum hoc ex patre æſtimaverint. Jura igitur conſanguinitatis à patre, ut ait Juriſconſultus *l. 4. unde cogn.* oriuntur: qua de cauſa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diverſas, *l. 1. C. de legit. hær.* Hodie vero fratres jure ſolius conſanguinitatis prærogativam non habent: ſed qui ex utroque parente conjuncti ſunt, præferuntur iis, qui conjuncti ſunt ex uno duntaxat: nec qui ex eodem ſolum patre conjunguntur plus juris habent, quam qui eadem tantum matre nati *Nov. 118. cap. 3. auth. itaque C. comm. de ſucceſſ.* ubi conſanguinei appellantur in ſpecie, qui tantum eundem patrem habent: opponuntur enim tam fratribus germanis, quam uterinis. Canoniſtæ verbo conſanguinitatis uſi ſunt ad ſignificandam omnis generis cognationem. *x. de conſang. & affin.*

Fratres patrueles, qui etiam conſobrini] Agnatorum numero ſunt & duorum fratrum filii, qui fratres patrueles appellantur, & κατaχρηστικῶς conſobrini: proprie enim, ut quidam putant, conſobrini ſunt duarum ſororum liberi, ita dicti quaſi conſororini, *vid. inf. tit. 6. §. 4.* ubi hoc fuſius explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili ſexu ab eodem orti in infinitum invicem agnati ſunt; *l. 2. §. 1. de ſuis & legit.* Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem *tit. 6. inf.*

Qui poſt mortem patris] Etiam qui poſt mortem patris naſcuntur, jura conſanguinitatis & agnationis habent, *l. ult. unde legit. l. 1. §. pen. de ſuis & legit.* Cæterum quod ad jus ſuccedendi attinet, neceſſe eſt, ut moriente eo, de cujus ſucceſſione quæritur, in rerum natura fuerint, aut ſaltem vivo eo concepti, *l. 6. cum 2. ſeqq. de ſuis & legit. vid. ſup. tit. 1. §. 8.*

Qui proximiore gradu ſunt, &c.] Legitima hæreditas tantum proximo defertur, *l. 2. §. 4. de ſuis & legit.* & diſerta ſunt verba ipſa legis 12. tabb. *Agnatus proximus familiam habeto:* Æſtimatur autem proximus ex tempore delatæ hæreditatis: quapropter ſi nullum factum eſt teſtamentum, proximus intelligitur, qui tunc fuit, cum paterfam. moreretur: ſi factum eſt teſtamentum, qui tunc, cum certum eſſe cœpit, ex eo teſtamento hæredem exiſtere non poſſe. Sed hæc iterum & fuſius *§. 5. & ſeq.*

TEXTUS.

De Adoptivis.

2. *Per adoptionem quoque adgnationis jus conſiſtit. Veluti inter filios naturales & eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium eſt, quin ii improprie conſanguinei appellentur. Item ſi quis ex cæteris adgnatis tuis, veluti frater aut patruus, aut denique is qui longiore gradu eſt, adoptaverit aliquem, adgnatus inter tuos eſſe non dubitatur.*

COMMENTARIUS.

Adgnatorum nomen civile eſt, *l. ult. §. 4 de grad. & affin.* uti & ſuorum hæredum. Proinde quemadmodum nihil intereſt, quoad jus ſuitatis, utrum naturales ſint liberi, an adoptivi: *§. 2. præc. tit.* ita quoque quod ad jus adgnationis attinet, nihil refert, utrum nativitate conjuncti ſint an adoptione, Nam & qui adoptatur, iisdem fit agnatus, quibus pater ipſius agnatus fuit, legitimamque eorum hæreditatem conſequitur, vel ipſi illius *l. 2. §. 3. de ſuis & legit. l. 23. de adopt. Vlp. in collat. Rufin. tit. 16. Conſanguineos & adoptio facit & adrogatio.*

Improprie conſanguinei] Recte: nam ex definitione Caſſii conſanguinei proprie ſunt, qui ſanguine inter ſe ſunt connexi, *l. 1. §. pen. de ſuis & legit.* hoc eſt, ut nos interpretati ſumus, qui eundem patrem ſanguinis auctorem habent: adoptati vero etſi communem cum liberis naturalibus patrem habeant; ſanguinis tamen paterni nexu cum iſtis copulati non ſunt. Male autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio *d. l. 23. de adopt.* quo in loco manifeſtum eſt jus ſanguinis accipi non pro conſanguinitate, ſed pro mera cognatione naturali. Cæterum etſi adoptati proprie conſanguinei non ſunt, jus tamen conſanguinitatis, & propter hoc legitimæ ſucceſſionis, cum aliis, qui ſunt in familia, habent *l. 1. § ult. de ſuis & leg. l. 44. de adopt.* atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi conſanguinei vocantur, *l. 2. §. ſed & ſi 19. l. ad Tert.* Poſt conſtitu-

ſtitutionem Juſtiniani *l. pen. C. de adopt.* ſoli ex adoptivis jus conſanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciſcuntur, qui adoptati ſunt à perſona non extranea.

Agnatus inter tuos non eſſe dubitatur] Hotomannus *agnatos* legit in cauſa accuſandi; quod parum refert. In vulgatis codicibus eſt *inter ſuos hæredes*: ſed illa lectio manifeſte vitioſa eſt, & vox *hæredes* omnino delenda: quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abeſſe teſtatur Hotomannus. Cum eodem pro *ſuos* repoſui *tuos*: quia contextus id flagitat.

TEXTUS.

De maſculis & fœminis.

3. *Cæterum inter maſculos quidem agnationis jure hæreditas, etiamſi longiſſimo gradu ſint, ultro citroque capitur. Quod ad fœminas vero attinet, ita placebat, ut ipſæ conſanguinitatis jure tantum capiant hæreditatem, ſi ſorores ſint; ulterius non capiant. Maſculi autem ad earum hæreditates (etiamſi longiſſimo gradu ſint) admittantur. Qua de cauſa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hæreditas ad te pertinebat: tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita conſtitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura conſtitui, ut plerumque hæreditates ad maſculos confluerent. Sed quia ſane iniquum erat, in univerſum eas quaſi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum poſſeſſionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur: ex qua parte ita ſcilicet admittuntur, ſi neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: ſed ſimplicitatem legibus amicam amplexa, ſimili modo omnes adgnatos, ſive maſculos ſive fœminas, cujuscumque gradus, ad ſimilitudinem ſuorum invicem ad ſucceſſionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem diſpoſitione anterior, ſubtilitate quadam excogitata præfatam differentiam inducebat, & penitus eas à ſucceſſione adgnatorum repellebat, omni alia ſucceſſione incognita, donec prætores paulatim aſperitatem juris civilis corrigentes, ſive quod deerat, implentes, humano propoſito alium ordinem ſuis edictis addiderunt; & cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum poſſeſſionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum poſſeſſionem, quæ unde cognati appellatur. Nos vero legem duodecim tabularum ſequentes, & ejus veſtigia hac in parte conſervantes, laudamus quidem prætores ſuæ humanitatis non tamen eos in plenum huic cauſæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in maſculis, quam in fœminis æqua lance conſtitutis, maſculis quidem dabatur ad ſucceſſionem venire omnium adgnatorum: ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, niſi ſoli ſorori, ad adgnatorum ſucceſſionem patebat aditus. Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eandem diſpoſitionem exæquantes, noſtra conſtitutione ſancimus, omnes legitimas perſonas, id eſt, per virilem ſexum deſcendentes (ſive maſculini generis ſive fœminini ſint) ſimili modo ad jura ſucceſſionis legitimæ ab inteſtato vocari, ſecundum ſui gradus prærogativam: nec ideo excludendas, quia conſanguinitatis jura, ſicut germanæ, non habent.*

NOTÆ.

NOTÆ.

SIMPLICITATEM LEGIBUS AMICAM] *ſup.* §.7. *de fideic.hær.* dicit ſibi in legibus magis ſimplicitatem, quam difficultatem placere.

SIVE QUOD DEERAT IMPLENTES] Th. διορθῶντες, ἢ καὶ τὸ ἐλλεῖπον ἀναπληρῶντες, *aut potius quod deerat implentes.* Quod prætori familiare *l.7. de juſt. & jure.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando conſanguinitas ab agnatione diſtingui & quam ob cauſam cœpta.*
2. *Fœminæ agnatæ non conſanguineæ quo ordine vocentur à prætore.*
3. *Quid per mediam jurisprudentiam intelligat Juſtinianus. Ubi quædam non vulgaria.*
4. *Veteris Jurisprudentiæ contra accuſationem Juſtiniani defenſio.*

LOcus verboſus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam ſucceſſionem fœminarum agnatarum, & revocatur jus vetuſtius. Lege duodecim tabb. fæminæ agnatæ juxta ac maſculi, cujuscunque gradus eſſent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur : quod jus, cum mediæ ætatis conſultorum interpretatione coanguſtatum eſſet, reſtrictumque ad conſanguineas, id eſt ſorores ὁμοπατρίας, excluſis remotioribus, quæ tantum à prætore poſtea admiſſæ ſunt nomine proximitatis in ordine cognatorum, Juſtinianus hic reſtituit. Hæc ſumma eſt.

Etiamſi longiſſimo gradu] Id eſt, ut plerique interpretati ſunt, etiamſi decimo ſint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum ſucceſſionem recte ne, an ſecus, videbimus infrà *§. ult. de ſucceſſ. cognat.*

1 *Ut ipſa conſanguinitatis jure*] Hoc eſt, fraternitatis. Nam ex quo hoc jus introductum eſt, conſanguinitas cœpta eſt diſtingui ab agnatione, & conſanguinei ab agnatis ulterioribus: & quia poſt conſanguineas muliebris ſexus perſonæ, licet agnatæ eſſent, non admittebantur, agnatos definierunt eſſe virilis ſexus perſonas, *l.2. §.1. de ſuis & legit.* duoque quaſi ordines ex uno facti: *l.1. §. 9. d. l. 2. in pr. d. tit. l. 4. unde cogn.* cum antea lex 12. tabb. omnes per virilem ſexum cognatos uno agnatorum nomine appellaſſet, & proximis ex his ſine ulla ſexus aut conſanguinitatis diſcretione detuliſſet hæreditatem.

Quia commodius videbatur] Prudentibus viſum fuit, utilius eſſe ac rationi magis conſentaneum, ut hæreditates ad maſculos potius, quam ad fœminas pervenirent: non tantum quia maſculi reipub. magis proſunt, dum aut bella gerunt, aut ſacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, quam rationem hic affert Theophilus; aut ne mulieres diteſcerent; ac propter hoc elatæ æquarent ſe viris : verum etiam & potiſſimum, quia familiæ, quæ in fœminis intereunt, per mares conſervantur & propagantur. Ac talis etiam ſcopus decemviris propoſitus fuit, dum ſolis agnatis hæreditatem detulerunt, excluſis cognatis omnibus non ejusdem familiæ.

Proximitatis nomine] Quia cognati non alio jure, quam proximitatis veniunt, & hoc ex edicto prætoris, verbum proximitatis factum eſt proprium juris prætorii, eoque cognati proprie deſignantur, non agnati, *l.3. l. 4. unde cognati.* In ſuis hæredibus nulla omnino ſervatur gradus prærogativa. In ordine vero agnatorum etſi proximitas etiam ſpectatur, dum agnati inter ſe conferuntur, ea tamen non ſpectatur, quando conferuntur cum cognatis: quippe quibus omnibus ſolo jure agnationis præferuntur, etiamſi ipſi longe ſint remotiores.

Si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus] Fœminas adgnatas ſecundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum à ſucceſſione ab inteſtato repellebantur, poſtquam iis jus agnationis in ea cauſa ademptum erat diſputatione fori, prætor, ne in univerſum excluſæ manerent, in linea, quam tertiam ipſe fecit, admiſit, id eſt, nomine proximitatis vocavit ad bonorum poſſeſſionem unde cognati. Et vero nulla cauſa fuit, cur has minus in eo ordine admitteret, quam qui tantum cognati ſunt. Ait, *neque adgnatus ullus.* Non ait *proximior,* ut mox, cum de cognato loquitur : quia univerſus agnatorum ordo cognatis ſimpliciter præponebatur, ſine conſideratione gradus. Ait, *neque proximior cognatus.* Nam in ſucceſſione cognatorum, uti quisque proximior eſt, ita alterum excludit: nec prætor quicquam in deferenda hac bonorum poſſeſſione conſiderat præter ſolam proximitatem. 2

Media Jurisprudentia] Cujacius & Hotomannus, quos Pacius & Tuningius ſequuntur, exiſtimant, Imperatorem ita loqui, cum intelligat νομοθεσίαν ſeu leges quæ latæ ſunt poſt duodecim tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed à vero longe abeſt hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam priſcis temporibus in deſuetudinem abierat, ut aperte teſtatur *Gell. lib. 20. c.1.* Jus autem, quod hic media Jurisprudentia introduxiſſe dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in viridi obſervantia. *Paul. 4. ſent. 8. Ulp. tit. de legit. hær §. fœminas.* Ac diu etiam poſt obtinuit, adeoque duravit uſque ad tempora Juſtiniani, qui demum poſt conſulatum Lampadii & Oreſtis id ſuſtulit, *l. pen. C. de legit. hær.* Præterea, ut alibi oſtendimus ex Cic. Aſcon. Dion. Auguſtino : lex Voconia ſanxerat, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, ac nec unicam filiam. Quod ſi ita eſt, nullo modo referri ad

legem Voconiam poteſt, quod hic adſcribitur mediæ Juriſprudentiæ. Nam ſi Voconius ne filias quidem ad hæreditatem patris admiſit, procul dubio magis removit ſorores à ſucceſſione fratrum: & ſi nec ex teſtamento fœminas hæredes eſſe voluit, multo minus ab inteſtato; quippe plus ſemper tributum voluntati teſtatoris, facit §. 12. *ſup. tit. 1. l. pen.* §. 1. *C. de adopt.* Fefellit haud dubie Cujacium idem, quod Hotomannum, nimirum locus Pauli 4, *ſent. 8.* ubi ſic ſcribit; *Fœminæ ad hæreditates legitimas ultra conſanguineas ſucceſſiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex duodecim tabularum nulla diſcretione ſexus agnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere poſſis, rogatione Voconia effectum, ne fœminæ ultra conſanguineas ad legitimam ſucceſſionem admitterentur, quam jure civili, hoc eſt diſputatione Juriſconſultorum; quæ juris pars, uti conſtat, communi nomine appellatur jus civile *l. 2. §. 5. de orig. jur.* Disjuncta enim cum ſit Pauli oratio, non minus hoc, quam illo poſito, veritas ejus conſtabit. Ac proinde ſi verbis Juſtiniani ſervientes mediam juriſprudentiam cum Theophilo interpretemur, τοὺς μετὰ τὸ δωδεκάδελτον σοφοὺς. non magis nobis Paulus adverſabitur, quam alios juvabit, qui Voconium plebiſcitum intelligunt: videturque tantum Juriſconſultus uſus eſſe hac disjunctione, ut ſibi caveret; cum id quod de legitima conſanguinearum ſucceſſione, & reliquarum agnatarum excluſione ſcribebat, alterutro quidem jure effectum ſciret, utro autem effectum eſſet, in præſentia non occurreret, nec vacaret inquirere. Nos vero ſine cunctatione jure civili adſcribemus, quod tribunitiæ rogationi nullo modo tribui poſſe clare oſtendimus; idque ex ipſius etiam ſententia Pauli. Quippe cum in omnibus disjunctionibus à differente ſignificetur, unum ſaltem verum eſſe. Et omnino ſic ſentio, jam diu antequam Voconius legem rogaret, quod factū eſſe inter ſecundum & tertium bellum Punicum, teſtatur Auguſtinus 3. *de civ. Dei c. 21.* prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas fœminarū ſucceſſiones coercitas fuiſſe intra gradum conſanguinearum. Poſtea autem lege Voconia fœminas omnes penitus remotas fuiſſe & ab omni ſucceſſione. Cæterum cū ea lex, ut nimis rigida, paulatim iterum in deſuetudinem abiiſſet, revocatum denuo fuiſſe jus priſtinum, non quod duodecim tabulæ, ſed quod prudentū introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio mediæ nomine juriſprudentiæ hic ſignificatur.

Imperialis diſpoſitionis anterior] D. Weſembecius putat mediam juriſprudentiam viguiſſe usque ad occupatam à Cæſaribus rempubl. Sed malo cum Bachovio eam porrigere usque ad tempora tranſlati in Orientem imperii: tunc enim primum pleraque mutata ſunt una cum forma reipub. & vetera inſtituta exoleſcere cœperunt. Priores vero Principes majorum inſtitutis conſtanter inhæſerunt, nec niſi parciſſime legibus ſtante adhuc repub. latis, aut veterum conſuetudini, derogarunt. Quin etiam major dignitas juri civili, hoc eſt, diſputationi fori, acceſſit, ex quo Auguſtus conſtituit, ut conſulti ex Principis auctoritate de jure reſponſitarent, legesque interpretarentur, *l. 2. circa fin. de orig. jur.* Quamobrem quod Juſtinianus hic ait de imperiali diſpoſitione, id ad Imperatores refero Conſtantinopolitanos.

Laudamus prætores ſuæ humanitatis] ἐλλειπτικῶς, more Græcorum; intelligitur enim *ergo* vel *cauſa*. Theophilus in paraphraſi reddidit, ἐπαινεῖ μὲν τῆς φιλανθρωπίας τοὺς πραίτωρας. Laudat quidem prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris eſt. Luc. 16. 8. ἐπῄνεσεν ὁ κύριος τὸν οἰκονόμον τῆς ἀδικίας. Eadem reticentia eſt apud noſtros, cū ajunt, *noxæ dedere, ſatis legatorum deſiderare, l. 3. §. 2. ut in poſſ. leg. ſatis dotis fieri, 22. §. in eo ſ. ſol. matr.* Id eſt, nomine noxæ, nomine legatorū, dotis Cic. 5. *in Verr. aliquid lucri vel acceſſionis dare*, i. e. Nomine, vice acceſſionis Celſ. *lib. 1. laudatur Hipp. artis & facundiæ.*

Quare & enim] Tota vetus juriſprudentia reſponderet, æquiſſimū eſſe, ut plus maribus tribuatur, 4
quam fœminis, propter onera, quæ domi militiæque ſoli mares ſuſtinent, dum operantur, bella gerunt: munia omnia reipub. obeunt. In bene conſtitutis civitatibus præcipuam ſemper familiarum & gentium rationem habitam fuiſſe, quarum dignitas cum ſine opibus & pecunia retineri non poſſit, optimos quoque legiſlatores id operam dediſſe, ut ad maſculos fere hæreditates confluerent, ut ſolos generis ac nominis conſervatores propagatoresq; Sext. Cæcilius Juriſconſultus etiam legem Voconiam revocandam cenſeret. Diceret, niſi ſibi ea lege videri uti jus: quippe qua impotenti ſexui præcluſa ſit via omnis perveniendi ad divitias; ne ditatus inſolenter ſeſe efferat & inſultet ipſis viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familiæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, ſe illius legis jactare ſuaſorem, &c. Sed noſter legiſlator more ſuo pro muliebri ſexu, cui impenſe ſemper favet, declamitat, *l. pen. C. de legit. hær. l. 4. C. de lib. præt.*

Noſtra conſtitutione] Extat *in d. l. pen. C. de legit. hær.* ubi ſimiliter, ut hoc loco, legem duodecim tabularum prolixe commendat, utut quæ bene humano generi proſpexerit. Cæterum ubi viſum eſt, eā iterū incuſat, veluti *in pr. ſeq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis anguſtis terminis jura ſucceſſionis concluſerit. Tamen longiſſime ab ea receſſit, ſublata omni agnatorum prærogativa,

Secun-

Secundum ſui gradus prærogativam] Ita ut ex conſtitutione Juſtiniani fœminæ omnes agnatæ gradu proximiores agnatis maſculis remotioribus præferantur. In quo plenius ipſis conſuluit, quam prætor, qui agnatas remotiores conſanguineis ne in ordine quidem agnatorum admiſit, ſed demum poſt omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & poſt cognatos proximiores. Ut autem hic utrumque ſexum in ſuo ordine exæquavit Juſtinianus, ita *d. Nov. 118.* jura agnationis & cognationis.

TEXTUS.

De filiis ſororum.

4. *Hoc etiam addendum noſtræ conſtitutioni exiſtimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam ſucceſſionem; ut non ſolum fratris filius & filia (ſecundum quod jam definivimus) ad ſucceſſionem patrui ſui vocentur: ſed etiam germanæ conſanguineæ vel ſororis uterinæ filius & filia ſoli, & non deinceps perſonæ, una cum his ad jura avunculi ſui perveniant: & mortuo eo, qui patruus quidem eſt ſui fratris filiis, avunculus autem ſororis ſuæ ſoboli, ſimili modo ab utroque latere ſuccedant, tanquam ſi omnes ex maſculis deſcendentes legitimo jure veniant, ſcilicet ubi frater & ſoror ſuperſtites non ſunt. His etenim perſonis præcedentibus & ſucceſſionem admittentibus cæteri gradus remanent penitus ſemoti, videlicet hæreditate non in ſtirpes, ſed in capita dividenda.*

NOTÆ.

Vel uterinæ filius] Ipſi fratres & ſorores uterini jam ante editam *d. l. pen.* tranſlati fuere in ordinem legitimorum, *l. ult. C. ad SC. Tertyll.* quod repetitum poſtea *l. ult. §. 2. C. de leg. hæred.*

Sed in capita] Ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium reliquit alter duos; hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum ſinguli ſingulas ferent, *l. 2 §. 2. de ſuis & leg.* Ulp. *tit. 26. §. 3.* Nec id abolitum *d. Nov. 118. c. 3. §. 1.* Utique in Oriente obſervatum conſtat. Harm. *lib. 5. tit. 8. §. 21.*

COMMENTARIUS.

1. *Fratres germani.*

2. *Fratres uterini, eorumq; & ex iis natorum in ordinem legitimorum tranſlatio, noviſſimique juris crebra inculcatio.*

IN calce ſuperioris tit. deſcendentes ex fœminis tranſtulit in ordinem ſuorum: proxime præcedenti §. fœminis agnatis ultra ſecundum gradum jura ſucceſſionis legitimæ reſtituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accerſitos tranſponit in ordinem agnatorum, ſororum ſcilicet filios & filias, itemque avunculos defuncti, quos pariter cum agnatis ejuſdem gradus vult ſuccedere. Non quieſcet, donec diſcrimen omne ſexus, agnationis, cognationisque confuderit.

Addendum noſtræ conſtitutioni] Duo ſunt conſtitutionis ſupradictæ, & ſcilicet *l. pen. C. de leg. hær.* capita, quorum in priore fœminis agnatis, quotocunque gradu ſint, jus legitimæ ſucceſſionis datur, in altero ſororum filiis & avunculis defuncti.

Unus tantummodo gradus] Tertius ſcil. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum, ut poſt agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant. Cæterum *Nov. 118.* cognatis omnibus æqualia jura cum agnatis conceſſit.

Germanæ conſanguineæ, vel ſororis uterinæ filius] 1
Ἀδελφῆς ὁμοπατρίου ἢ γοῦν ὁμομητρίου υἱὸς, ſororis conſanguineæ vel uterinæ filius. Theoph. ſic in extremo §. præcedentis germanam appellat etiam quæ ex eodem tantum patre nata eſt. Vulgo tamen creditur, fratres germanos proprie dici, qui eundem utrumque parentem habent. Terent. *in Andr. Si te in germani fratris dilexi loco.* Idem *in Adelph. O mi Æſchine, ô mi germane.* Magis id probat locus Ciceronis 1. *de divinat. Clodius cum ſorore germana nefarium ſtuprum fecit.* Ubi *germana* expreſſum videtur ad augendam gravitatem delicti; cum grandius nefas admittit, qui ſorori ex utroque parente conjunctæ ſtuprum infert, quam qui conſanguineæ tantum, aut uterinæ. Nomen à germine deductum Feſtus ſcribit; *Germen*, inquit, *eſt. quod ex arborum ſurculis naſcitur: unde & germani, quaſi eadem ſtirpe geniti.* Græcis dicuntur αὐτάδελφοι αὐτοκασίγνητοι. Podarces αὐτοκασίγνητος Proteſilai. *Iliad. 13.*

Vel ſororis uterinæ] Fratres & ſorores uterini qui dicantur ſatis notum eſt, nimirum qui geniti diverſo patre prodierunt ex eodem utero, ſive qui eandem habuerunt matrem duntaxat, ὁμομήτριοι ſeu ὁμογάστριοι. Sic autem hic loquitur Imperator quaſi ipſa ſoror uterina ſit in numero legitimorum. Eſtne igitur? Jure antiquo ſane non fuit, cum non ſit agnata: & conſtat, eo jure filium fratris præmortui ſororem defuncti uterinam excluſiſſe, agnatoſque adeo omnes, quantumvis gradu remotiſſimos, ordine tamen

 men

men potiores fuiſſe ſolis cognatis. Sed ſciendum eſt, ab ipſo Juſtiniano jam ante editam *l. pen. Cod. de leg. hær.* fratres & ſorores uterinos translatos fuiſſe in ordinem legitimorum, *l ult. c. ad ſen. Tertyll.* quod repetitum poſtea *l. ult.* §. 2 *C. de leg. hær.*

Soli, & non deinceps] Solos nunc filios & filias ſororis, qui in tertio cognationis gradu ſunt, cum agnatis ejusdem gradus ad legitimam ſucceſſionem vocat, non ulteriores cognatos. *Nov. 118.* omnes pari jure, ut jam dictum eſt.

Avunculus autem ſororis ſuæ ſoboli] Finge igitur, eſſe defuncto, de cujus hæreditate agitur, filium fratris, eſſe & filium ſororis, præterea patruum & avunculum: hic cognati, filius ſc. ſororis & avunculus defuncti, una cum agnatis, fratris filio & defuncti patruo, ad hæreditatem jure legitimo venient. In *d. Nov. 118.* fratrum & ſororum filii patruis & avunculis defuncti etiam præferuntur.

Frater & ſoror ſuperſtites non ſunt] Hoc quoque mutatum jure noviſſimo, unaque cum fratribus & ſororibus defuncti admiſſi germanorum fratrum & ſororum filii & filiæ jure repræſentationis, ut in ſtirpes veniant, *d. Nov. 118. c. 3. Nov. 127. c. 1.* Eodem jure non ſolum fratres germani, ſed etiam eorum demortuorum filii; præferuntur fratribus defuncto conjunctis ex uno latere tantum.

Succeſſionem admittentibus] Repudiantibus enim vel deficientibus primis ſuccedunt & admittuntur proximi graduum ſequentium. De quo ſub §. *pen. inf. eod.*

Non in ſtirpes ſed in capita] Ut hæreditas in tot partes diſtribuatur, quot ſunt hæredes: ut puta; duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit: hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum ſinguli ſingulas ferent, *l. 1. 2. de ſuis & legit. Ulp. tit. 26.* §. 3. Ratio cur in capita fiat diviſio, hæc eſt, quod omnes, ut pari gradu ſunt, ita ſuo quoque jure atque ex ſua perſona veniant, non jure repræſentationis aut ſucceſſionis in locum parentum: cum alioqui ſimul cum ſuis patruis & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hæreditatem avi una cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in ſtirpes ſuccedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, etiam cum ſoli ſunt, in ſtirpes ſuccedere debeant, quod Joannes voluit, an vero in capita, ut olim, quod Azoni placuit, videbimus *inf. ſub. tit. 5.*

TEXTUS.

De proximis vel remotis.

5. Si plures ſint gradus agnatorum, aperte lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque ſi (verbi gratia) ſint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis ſingulari numero uſa lex duodecim tabularum proximum vocet: tamen dubium non eſt, quin ſi plures ſint ejusdem gradus, omnes admittuntur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium eſt, quin, licet unus ſit gradus agnatorum, pertineat ad eos hæreditas.

COMMENTARIUS.

Lex duodecim tabb. proximum vocat*] Hiſce verbis; *Agnatus proximus familiam habeto. l. pronuntiatio 195. §. 1. de verb. ſign.* Ulp. *tit. 26.* Voluit ergo lex, in ordine agnatorum ſervari gradus prærogativam, & ſolos proximos hæreditatem capere: eaque cauſa eſt, cur inter agnatos ſemper in capita, non in ſtirpes, hæreditas dividatur, *l. 2. §. 2 d. ſuis & legit.*

Frater potior habetur] Nimirum quia frater ſecundo gradu eſt, fratris filius tertio: ſolum autem proximum lex vocat. Eadem ratione ſoror quoque defuncti conſanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, *l. 3. C. de leg. hær.* Cæterum, ut etiam dictum eſt §. *præced.* Juſtinianus *Nov. 118.* conceſſit fratrum filiis beneficium repræſentationis.

Si plures ſint ejusdem gradus, omnes admittantur] Lex duodecim numero ſingulari proximum vocat, non quod, ſi plures ſint pari gradu, neminem admitti voluit, quod eſſet ridiculum: ſed quia divinare non potuit, quot quisque agnatos relicturus eſſet. Quod ſi ergo plures ſint ejusdem gradus, ex mente legis omnes æqualiter admittuntur *l. 2. §. 2. de ſuis & legit.* Simili modo cum lex agnato proximo tutelam defert, ſi plures ſint eodem gradu agnati; pariter omnibus deferre intelligitur, *l. 8. l. 9. de legit. tut. §. ult. ſup. de cap. dem.*

Proprie proximus ex pluribus gradibus] Proximus enim dicitur relative ad differentiam remotiorum, eumque ſignificat proprie, qui inter plures diverſorum graduum proximior eſt, *l. 1. §. 5. und. cogn.* Sed docet hic Imperator, verbum hoc captandum non eſſe; atque ex ſententia legis, etiamſi unus tantum gradus agnatorum ſit, ad eos hæreditatem pertinere: quemadmodum & Ulp. *d. l. 2. §. 4. de ſuis &*

& legit. qui ſic eo loco ſcribit; *Legitima hæreditas tantum proximo defertur. Nec intereſt, unus ſolus ſit, an ex duobus prior, pluribusve, an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel ſoli ſint: quia & is proximus eſt, quem nemo antecedit: & is ultimus, quem nemo ſequitur; & interdum idem primus poſtremusque, qui ſolus occurrit, add. l. 1. §. 5. unde cogn. l. proximus 92. l. proximi 155. l. in vulgari 162. de verb. ſign.*

TEXTUS.

Quo tempore proximitas ſpectatur.

6. Proximus autem, ſi quidem nullo teſtamento facto quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus eſt is, cujus de hæreditate quæritur. Quod ſi facto teſtamento quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo certum eſſe cœperit, nullum ex teſtamento hæredem extiturum. Tunc enim proprie quiſque inteſtatus deceſſiſſe intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo ſpatio temporis ſæpe accidit, ut proximiore mortuo, proximus eſſe incipiat, qui moriente teſtatore non erat proximus.

COMMENTARIUS.

1. Tempus delatæ ab inteſtato hæreditatis non ſemper unum eſſe & idem.

CUm quæritur quo tempore ſpectandum, ſive an quis ſuus ſit, ſive an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem eſt, ſemper ſpectari tempus delatæ ab inteſtato hæreditatis. Cæterum hoc tempus non ſemper unum eſt & idem. Intereſt enim utrum is, de cujus bonis quæritur, nullo teſtamento facto deceſſerit, (quod tunc quoque intelligitur, cum aut non jure fecit, aut quod fecit ipſo adhuc vivo everſum eſt) an facto jure teſtamento, quod demum poſt mortem ejus in irritum conſtituatur. Priore caſu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cum paterfam. moreretur; quia hic tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit: poſteriore eum, qui tunc eſt, cum teſtamentum deſeritur: quia mortuo patref: teſtamento facto, non ante hæreditas ejus ab inteſtato deferri incipit, quam certum eſt, neminem ex eo teſtamento hæredem extiturum, *l. 2. §. 5. & 6. de ſuis & legit. l. 1. §. 6. & 7. unde cogn.* Uberius hæc expoſuimus ſub *§. 7. ſuperioris tit.*

Tunc enim proprie quiſque inteſtatus] D. Contius legit; *Tunc enim etiam proprie* &c. quomodo Ulpian *l. 1. pr. de ſuis & legit.* eum etiam, cujus ex teſtamento hæreditas adita non eſt, ait, non improprie inteſtatum deceſſiſſe. Sed Juſtinianus tantum modo indicare voluit differentiam, quæ ſit in propoſito inter eum, qui teſtamentum non fecit, qui protinus inteſtatus moritur, & eum, qui fecit teſtamentum, qui ex eo demum tempoie, quo teſtamentum ejus deſtitutum eſt, inteſtatus deceſſiſſe intelligatur.

Qui moriente teſtatore non erat proximus] Sit ſpecies hujusmodi. Fecit quis teſtamentum, cum haberet patruum & patrui filium; deliberante hærede ſcripto patruus deceſſit: mox hæres inſtitutus repudiavit hæreditatem; patrui filius admittetur, *l. 2. §. 5. de ſuis & legit.* quo loco quod Ulp. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi conſtat, non qui ulterior ſit, quo tempore admittitur, ſive tempore deſtituti teſtamenti: ſed anaphorice, qui erat ulterior cum patruelis moreretur.

TEXTUS.

De ſucceſſorio Edicto.

7. Placebat autem, in eo genere percipiendarum hæreditatum ſucceſſionem non eſſe: id eſt, ut quamvis proximus, qui ſecundum ea, quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut ſpreverit hæreditatem, aut antequam adeat, deceſſerit, nihilo magis legitimo jure ſequentes admittantur. Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum ſine adminiculo relinquebant, ſed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluſo. Sed nos nihil perfectiſſimo juri deeſſe cupientes, noſtra conſtitutione, quam de jure patronatus humanitate ſuggerente protulimus, ſancimus, ſucceſſionem in adgnatorum hæreditatibus non eſſe eis denegandam: cum ſatis abſur-

dum

dum erat, quod cognatis à prætore apertum eſt, hoc agnatis eſſe recluſum; maxime cum in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente ſequens ſuccedit; & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permiſſum.

COMMENTARIUS.

1. *Olim in legitimis hæreditatibus ſucceſſionem non fuiſſe, & quamobrem.*
2. *Quomodo accipiendum, quod dicitur, ſucceſſionem non eſſe in ſuis hæredibus: & num id poſtea mutatum.*
3. *Cur Imperatori viſum, ſucceſſionem in agnatorum hæreditate admitti.*

1 JUre antiquo in legitimis hæreditatibus non erat locus ſucceſſioni, hoc eſt, proximo repudiante vel deficiente ad inſequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non tranſmittebatur. Ulp. *tit. 26. §. 4.* & ideo, fratre verbi cauſa decedente antequam adiret aut repudiaret hæreditatem, fratris filius admitti non poterat *Paul. 4. ſent. 8.* Atque hoc eſt, quod ſcribit idem Ulp. *l. 2. in pr. de ſuis & leg. Si ſint conſanguinei, licet non adierint hæreditatem, legitimis*, id eſt, agnatis remotioribus, *non deferri.* Rationem hujus juris ſuggerit *Paul. d. loc.* quia omnis ſucceſſio proximiori defertur, hoc eſt, quia lex 12. tabularum hæreditatem defert agnato proximo, & tantum ſemel, ut unica illa delatione poteſtate legis conſumpta, gradus inſequens, cui lex non defert, legitimo jure admitti non poſſit. Nimirum ſic primis deferebatur, ut in horum perſona conſiſteret jus percipiendæ hæreditatis. Quod ſi illi hæreditatem omiſiſſent, aut non adiiſſent morte præventi, ſequentibus gradibus non deferebatur, ſed vacabat hæreditas, eoque redibat ad fiſcum, ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hic abrogat data legitimis hæredibus ſucceſſione exemplo cognatorum.

In eo genere] In ſecundo ſcilicet ordine hæredum, in quo vocantur agnati. Quanquam nec in ſuis hæredibus ſucceſſio eſt, teſte Ulp. *l. 1. §. ſciendum 8. de ſuis & legit.* ubi ſcilicet agitur de gradibus ejuſdem lineæ, de filio & nepote ex eo; ut poſtquam filio ſemel delata eſt hæreditas, nepoti ut ſuo hæredi aut agnato non deferatur. *l. ult. C. unde lib.* alioqui conſtat, nepotes in locum patris ſui præmortui ſuccedere, & una cum liberis primi gradus admitti ad hæreditatem avi. Putant autem plerique etiam, *d. l. ult.* correctam eſſe per hunc §. aut certe per *Nov. 118. c. 1.* ſed contrarium teſte Jaſone tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienſes, quorum ſententia mihi videtur ex ratione juris communis verior.

Nihilo magis legitimo jure ſequentes] Quid ſi plures ſint eodem gradu agnati, & quidam ex his omiſerint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominus adirent? Reliquis, qui adierint, illorum portio accreſcit: & licet deceſſerint, antequam accreſceret, ad hæredes tamen eorum pertinet. *l. 9. de ſuis & legit. §. ult. inf. de ſen. Orfic. Ulp. tit. 26. §. 4.*

Ex cognatorum ordine eos vocabant] Edicto ſucceſſorio, *l. 1. de ſucceſſ. edict.* Obſervabat autem prætor in eo ordine gradus prærogativam: v. c. Titius inteſtato deceſſit relicto fratris filio, itemque filio ſororis, & alterius fratris nepote: repudiante hæreditatem fratris filio, nepos alterius fratris ad hæreditatem legitimam non admittitur; ſed nec ut cognatus ad bonorum poſſeſſionem, quia obſtat filius ſororis cognatus proximior.

Adgnationis jure eis recluſo] *Recluſo* dixit pro occluſo; ut & iterum poſtea, *hoc adgnatis eſſe recluſum.* contra auctorum loquendi conſuetudinem, quibus recludere eſt, quod clauſum erat, aperire, reſerare: Virg. 8. *Æneid. Infernas reſeret ſedes & regna recludat. Horat. lib. 3. carm. od. 2. Virtus recludens immeritis mori Cœlum*, &c. Juſtinus tamen *lib. 1.* de pellicibus regiis loquens, dicit ſingula ſeparatim, *recludi*, pro *occludi. In l. pen. C. de legit. hæred. recluditur* dixit Juſtinian. pro *excluditur*, cum ait, *Germana ejus ab eadem ſucceſſione recluditur.*

Conſtitutione noſtra] Conſtitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam *inf. tit. 7. in pr.* & multis aliis in locis: ſed deſideratur. Hac autem conſtitutione inter alia hoc cautum, ut agnato proximo hæreditatem ſibi delatam repudiante, admitterentur ex eodem ordine gradus ſequentes excluſis cognatis etiam proximioribus: atque ita auctius factum eſt jus agnatorum. Hodie vero nullus eſt hujus beneficii uſus, poſtquam cognati per omnia agnatis exæquati. *Nov. 118. c. 4.*

Quod cognatis à prætore apertum] Duas rationes affert Imperator, cur in agnatorum hæreditatibus locum eſſe velit ſucceſſioni. Prima eſt, quæ hic redditur, quia prætor eam admiſit in ordine cognatorum, *l. 1. §. qui ſemel. 6. & §. quibus 10. de ſucceſſ. edict.* & ut verum fatear, mera quædam juris ſubtilitas eſt, quod proximiore agnato deficiente ulterior admitti non poſſit.

Maxime cum in onere tutelarum] Ratio altera, & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideo pertinere ipſa lex 12. tabb. voluit, quia eoſdem vocavit ad hæreditatem ſucceſſioni locus eſt, & proximiore agnato vel mortuo vel capite minuto, qui poſt eum eſt, in adminiſtratione ſuccedit; *l. 3. §. pen. de leg. tut.* juſtum

& æquum eſt, ut eodem modo deficiente priore, qui ſequitur, emolumento potiatur hæreditatis, juxta *l. 10. de reg. jur.*

TEXTUS.

De legitima patronorum ſucceſſione.

9. Ad legitimam ſucceſſionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem, vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex noſtra conſtitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum ſemper videantur quaſi contracta fiducia fieri: quum apud veteres, non aliter hoc obtinebat, niſi ſpecialiter contracta fiducia parens manumiſiſſet.

NOTÆ.

Ex nostra constit. *l. ult. C. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis ſolennitates ſuſtulit, ſalvo tamen jure patris manumiſſoris, ubi ſcil. nihilominus tanquam patronus ad legitimam hæreditatem filii vocetur, *d. §. 6. ſup. quib. mod. jus pat. pot.* Sed hodie parens manumiſſor jure patroni in commodo hæreditatis non amplius utitur. *Nov. 118. c. 2.*

COMMENTARIUS.

1. *Filiumfa. hæredem ab inteſtato non habuiſſe usque ad conſtitutionem Leonis & Anthemii.*
2. *Quo loco ex ea conſtitutione pater vocetur, & quo ex Nov 118.*
3. *Quo jure olim pater, ut pater, ſucceſſerit filio emancipato.*

TRactatur hic de legitima ſucceſſione parentis, non quatenus ut parens conſideratur, ſed quatenus ut manumiſſor patronus. Quo ordine pater filio olim ſucceſſerit, non ſatis liquet. Illud conſtat, in filiofa. hujusmodi quæſtioni locum eſſe non potuiſſe jure illo veteri, quo filius omnia patri acquirebat. Ac licet poſtea exceptum fuerit peculium caſtrenſe, & paulatim etiam quaſi caſtrenſe, permiſſumque filiofa. in his bonis hæredem ſibi teſtamento inſtituere: jus tamen vetus hactenus patri conſervatum fuit, ut ſi filius inteſtatus deceſſiſſet, bona iſta pater jure peculii occuparet, *l. 2. l. 9. de caſtr. pec.* Hoc igitur caſu manebat adhuc eadem conditio bonorum caſtrenſium, quæ reliqui peculii. Atque huc usque filiusfa. hæredem ab inteſtato habere non potuit: ſed habere poſſe demum cœpit poſterioribus temporibus, cum liberis conceſſa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, & de veteri illo jure patrio multa detracta ſunt. Extat conſtitutio Leonis & Anthemii *l. 4. C. de bon. quæ lib.* quæ res liberorum defunctorum primo eorum liberis defetuntur: ſi nulli ſint liberi, fratribus & ſororibus: ſi hi quoque deſint, tertio loco parentibus: nec ergo jam amplius tanquam peculium, ſed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio ſuccedendi fuit & in bonis caſtrenſibus. Nam ſi bona adventitia, quorum uſumfructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat, omnino credibile eſt nec potuiſſe caſtrenſia. Quod & ipſum ſatis aperte teſtatur Juſtinianus in *princ. tit. quib. non eſt perm. fac. teſt. lib. 2.* cum ait, ſi filiifam. qui caſtrenſe peculium habent, inteſtati deceſſerint, nullis liberis vel fratribus ſuperſtitibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere: jure communi, hoc eſt, jure hæreditario ex poſteriorum Principum conſtitutionibus: nam ſi jure peculii ad patrem pertineret nemo patri præferri poſſet, nec cuiquam hæreditario jure deferri. De quo in explicatione *d. loc.* fuſius diſſeruimus. Novella 118. parentes ſine diſcretione ſexus aut poteſtatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine ſecundo, cum quibus tamen ſimul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad filium vero emancipatum quod attinet, planum quidem eſt, patri manumiſſori legitimam inteſtati hæreditatem delatam fuiſſe: at quo jure quove loco ſucceſſerit, ut pater, non item. Habuiſſe patrem jus ſuccedendi, patet, ex eo, quod præteritus ſuo jure de inofficioſo agere potuit; *l. 1. §. ult. ſi à par. quis man. l. 14. de inoff.* quod utique nemo poteſt, niſi qui jus ſuccedendi ab inteſtato habet: & tamen jure civili hæredem eum eſſe non potuiſſe, argumento eſt, quod eo jure ad hæreditatem tantum ſui hæredes, & his non exiſtentibus agnati vocantur: pater autem neque ſuus eſt, neque agnatus filio emancipato. Dices, à prætore admiſſum ad bonorum poſſeſſionem. Ex quo ergo capite? unde legitimi, an unde cognati? Si unde legitimi, debuit excludere fratres & ſorores, qui ad bonorum poſſeſſionem fratris ſui emancipati ex alio capite venire non potuerunt, quam unde cognati. Sed etſi unde cognati dicas: adhuc tamen pater jure proximitatis præferri debuit defuncti fratribus. Atqui contra pater à fratribus excluſus fuit, *l. 2. C. ad ſen. Tertyll.* Rurſus ſi unde cognati dicas, mater una cum patre vocari debuit, & poſt Senatusconſultum Tertyllianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri or- 2

dine præferri, *l. 2. § ult unde legit.* At pater in petenda bonorum poſſeſſione matri prælatus fuit etiam poſt illud Senatusconſultum, *l. 10. de ſuis & legit l. 2. §. objiciuntur 15. ad ſen. Tert. §. 3. inf. eod. tit.* Ego ſic exiſtimo, patrem olim admiſſum fuiſſe ex capite unde cognati, cognatiſque omnibus nomine proximitatis prælatum, & jure patris etiam matri: quod jus ei expreſſe reſervatum fuerit Senatus conſulto, dictamque *l. 2. C. ad ſen. Tertyl.* à Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora, & nominatim ad *l. 4. C. de bon. quæ lib. & l. 11. C. comm. de ſu ceſſ.*

Qui contracta fiducia, &c.] Id eſt, qui liberos ex pacto fiduciæ ſibi emancipatos manumittit. Nam inventis ad uſurpationem vetuſtatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumiſſionibus, de quibus in *§. præterea 6. ſup. quib. mod. jus pat. ſolu.* ſolebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emptore imaginario contrahere de liberis ſibi emancipandis, quos ipſe deinde manumittebat, eoque facto ipſe pater in eos eorumque bona jura patroni conſequebatur, *tit. ſi à par. quis man.* Cæteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia hoc eſt, ea lege & fide ſaltem interpoſita, ut liberos ſibi traditos, emptor manumitteret: qui ob id dicebatur fiduciarius, teſte Gajo *lib. 1. tit. 6. §. 3.*

Semper videantur quaſi contracta fiducia fieri] Juſtinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis ſolemnitates ſuſtulit, *l. ult. C. de eman. lib.* ſalvo tamen jure antiquo patris manumiſſoris, ut ſcilicet adhuc ad legitimam hæreditatem filii vocetur, cæteraque jura patroni conſequatur, perinde ac ſi contracta fiducia eum emancipaſſet. Parum autem ſubtiliter loquuti ſunt Compoſitores, cum ajunt, emancipationem ex conſtitutione Juſtiniani ſemper intelligi fieri contracta fiducia: Cur enim, aut quomodo fieri videri volunt, quod penitus ſublatum eſt? Jure Novellarum parens manumiſſor jure patroni, quoad commodum hæreditatis, non amplius utitur, arg. *Nov. 118. c. 2.*

TITULUS III.

D. lib. 38. t. 17. C. lib. 6. t. 56.

De ſenatusconſulto Tertylliano.

Argumentum hujus & ſequentis tituli

HOc titulo docet Imperator, quando & quomodo mater ad liberorum ſuorum inteſtatorum legitimam hæreditatem vocetur: in ſequenti, quando & quomodo illi matri inteſtatæ ſuccedant.

TEXTUS.

De lege 12. Tab. & jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita ſtricto jure utebatur, & præponebat maſculorum progeniem; & eos, qui per fœminini ſexus neceſſitudinem ſibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus daret: niſi quod prætores ex proximitate cognatorum eas perſonas ad ſucceſſionem bonorum, poſſeſſione unde cognati accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

NE *quidem inter matrem & filium*] Ait, lege duodecim tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hæreditatis conceſſum fuiſſe. Quod verum eſt. Nam lex iſta duos duntaxat ordines hæredum ab inteſtato fecerat, ſuorum ſc. hæredum, & agnatorum Mater autem & liberi nec ſui hæredes invicem ſunt, nec agnati. Cognati quidem invicem ſunt, ſed cognati nulli à lege vocantur.

Niſi quod prætores ex proximitate] Pro *niſi* utendum erat conjunctione diſcretiva, *cæterum* aut *ſed*: ne quis putet, ex præſcripto legis quod prætores fecerunt. Senſus enim eſt, prætorem more ſuo rigorem legis antiquæ mitigaſſe, & quod poterat, matrem & liberos, qui hæredes invicem ex lege non erant, invicem ſibi feciſſe bonorum poſſeſſores, ad mutuam ſucceſſionem eos vocando in ordine cognatorum, quem ipſe ſolius proximitatis & ſanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

TEXTUS.

De conſtitutione Div. Claudii.

1. Sed hæ juris anguſtiæ poſtea emendatæ ſunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad ſolatium liberorum amiſſorum legitimam eorum detulit hæreditatem.

COMMENTARIUS.

HÆ *juris anguſtiæ emendatæ*] Hoc eſt, ipſi legi 12. tabb. poſtea derogatum eſt, & quod prætor facere non poterat, jus legitimæ hæreditatis etiam matri liberis datum Senatusconſultis: ac dehinc

cum

cum antea demum poſt omnes agnatos à prætore vocarentur ad bonorum poſſeſſionem, vocari cœpti ſunt ordine ſecundo ex capite *Vnde legitimi l. 2. §. ult. unde legit.*

Primus D. Claudius] De Claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propoſitam facere videatur, niſi huc referas, quod Suetonius ſcribit, eum fœminis dediſſe jus quatuor liberorum: quod etſi quid ſignificet, obſcurum eſt, opinor tamē eum intelligere jus liberis ſuccedendi, cujus hic fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit; cæterum non omnibus, verum iis duntaxat, quæ quater peperiſſent. Sane accipi non poteſt pro jure liberorum, quod olim à Principibus pro beneficio datum fuit orbis, ad evitandas pœnas legis Papiæ: quarum una erat, quod ſolidum capere non poterant: quod indicatur à Juvenale *ſatyr. 9.*

Iura parentis habes, propter me ſcriberis hæres,
Legatum omne capis, nec non & dulce caducum.

Adulterum inducit Poeta, qui maritum hoc ſibi beneficium debere ait, quod pœnas orbitatis lege Papia conſtitutas jam non patiatur, ſed ſolidi capiendi jus habeat: quippe cum maritus ipſe liberos ex uxore ſuſcipere non poſſet, vicem ejus ſuppleſſe, & inde liberos natos.

Ad ſolatium liberorum amiſſorum] Ut hoc quali quali ſolatio luctum amiſſorum liberorum levaret: quomodo Pompon. *l. 6. de jur. dot.* patri ſuccurſum eſſe ſcribit, ut filia amiſſa dos ab eo profecta ei redderetur, ne & filiæ amiſſæ & pecuniæ damnum ſentiret. Hotomannus & Tuningius putant, per amiſſos ſignificari eos, qui in acie ceciderunt.

TEXTUS.

Ad Senatusconſultum Tertyllianum. De jure liberorum.

2. *Poſtea autem Senatusconſulto Tertylliano, quod divi Adriani temporibus factum eſt, pleniſſime de triſti ſucceſſione matri, non etiam aviæ deferenda, cautum eſt: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur inteſtato mortuorum, licet in poteſtate parentis ſit: ut ſcilicet cum alieno juri ſubjecta eſt, juſſu ejus adeat hæreditatem, cujus juri ſubjecta eſt.*

NOTÆ.

2. De triſti ſucceſſione matri] Ut ad quam ſummus mœror turbato ordine morte filii pervenit, ad eandem quoque luctuoſa hæreditas perveniret.

Licet in poteſtate parentis] *l. 6. C. ad SC. Tertyll.* Commodum tamen omne hæreditatis hoc caſu acquirebat patri: hodie vero mater proprietatem, avus uſumfructum habet, per *l. 6. C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

Divi Adriani temporibus] Zonaras *lib. 2.* teſtatur, hoc Senatusconſultum factum eſſe divo Pio auctore: quod & faſti confirmant, in quibus poſt Barbatum & Regulum conſules ponuntur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam annos viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo divum Adrianum hic accipiemus non patrem, ſed filium, Antoninum ſc. Pium, qui jure adoptionis idem cum patre nomen ſortitus eſt, & Adrianus quoque appellatus. Sic epiſtola vulgo Adriani dicta, qua pluribus unius rei fidejuſſoribus beneficium diviſionis datum eſt, divo Pio tribuitur *l. ſi teſtamento 49. §. 1 in fin. de fid. juſſ.* Ob eandem rationem Adrianus quoque Trajani nomine ſæpe appellatur. Cujac. hic.

Pleniſſime de triſti ſucceſſione] Pleniſſime, id eſt, diligentiſſime; accurate enim de hac ſucceſſione Senatusconſulto cautum, definitumque, qui cum matre concurrant, quos ipſa, vel qui ipſam excludant, quid matri faciendum incumbat, &c. *vid. l. 2. hoc tit. Triſti ſucceſſione:* luctuoſam hæreditatem appellat *l. ult. C. de inſt. & ſubſtit.* ſcilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet liberos ſuæ ſupereſſe vitæ ſoſpites & ſuperſtites.

Non etiam aviæ] Senatusconſultum Tertyllianum matri tantum filiorum filiarumve hæreditatem detulit, non aviæ aut ulterioris gradus adſcendentibus nepotem neptemve aut deinceps deſcendentium. Unde petenda ratio *l. 9. C. de leg. hær.* quæ in ſucceſſione inteſtatæ ſororem præfert aviæ; nimirum conſanguineam: nam ex edicto unde cognati aviam cum uterina, ut gradu parem, ſimul admiſſam fuiſſe non eſt dubitandum. Credibile autem eſt, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum proceſſum non eſſe: ulterius tandem progreſſus eſt Juſtinianus *Nov. 118.*

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor] Hoc quoque veterum legum venerationi datum videtur, quod Senatus non ſimpliciter matribus omnibus, ſed quæ multos cives reipub. peperiſſent, proſpexit: & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus

Romanis, quæ quater enixæ eſſent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatusconſulto ſuccedunt, niſi jus liberorum à Principe conſecutæ ſint, *Paul. 4. ſent. 9. in pr. & fin. Ulp. tit. 26. §. ult.*

Inteſtato mortuorum] Igitur neceſſe eſt, ut liberi defuncti, quorum de ſucceſſione agitur, fuerint ſui juris: nam qui in poteſtate ſunt, jure antiquo nullo caſu hæredem ab inteſtato habere potuerunt, ne in bonis quidem caſtrenſibus, ut demonſtravimus ſub *§ ult. prac. tit.* Hodie vero id ſecus eſt: nam ex *Nov. 118.* mater proprio jure ſuccedit, & vel ſola, vel cum patre & fratribus defuncti, ut jam nullus amplius hujus Senatusconſulti uſus ſit.

Licet in poteſtate parentis] Quominus mater ad hæreditatem ex Senatusconſulto admitteretur, non impediebat, quod in aliena erat poteſtate, *l. 6. C. hoc tit.* quamvis hoc caſu nihil admodum emolumenti ad eam perveniret, ſed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebatur, quam matri, conſuleretur. At hodie uſumfructum tantum in propoſito avus conſequetur, mater proprietatem habebit, per *l. cum oportet C. de bon. quæ lib.*

TEXTUS.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittuntur.

3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui ſui ſunt, quive ſuorum loco ſunt ſive primi gradus, ſive ulterioris. Sed & filiæ ſuæ mortuæ filius vel filia præponitur ex conſtitutionibus matri defunctæ, id eſt, aviæ ſuæ. Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur ſcilicet cum inter eos ſolos de hæreditate agitur. Frater autem conſanguineus tam filii, quam filiæ excludebat matrem: ſoror autem conſanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed ſi fuerant frater & ſoror conſanguinei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hæreditas ex æquis partibus fratribus & ſororibus.*

NOTÆ.

FRATER CONSANG. &c.] Tria dicit, 1. fratres defuncti conſanguineos matrem excluſiſſe. 2. ſorores conſanguineas, ſi ſolæ, cum matre admiſſas. 3. ſi & ſorores & fratres conſanguinei, ſorores cum fratribus admiſſas excluſa matre.

LIBERIS ONERATA] Cujac. ad Ulp. *tit. ult. §. ult.* oſtendit legendum eſſe *honorata*. Th. ἔχουσα δίκαιον παίδων. & *inf. §. 5.* κεκοσμημένη. Cic. 1. *Tuſc. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur.*
2. *Qui ex liberis filiæ defunctæ.*
3. *Qui adſcendentium.*
4. *Qui lateralium.*

CONtinet hic §. declarationem Senatusconſulti Tertylliani: doceturque primo quid juris ſit, ſi cum matre defuncti exiſtant liberi; deinde ſi pater aut avus paternus: tertio ſi fratres aut ſorores,

Præferuntur matri liberi defuncti] Quando cum matre concurrunt liberi defuncti ſive primi ſive ulterioris gradus, liberi matrem excludunt: idque ſive agatur de maſculi, ſive de fœminæ ſucceſſione, ut mox apparebit.

Qui ſui, quive ſuorum loco] Hic neceſſe eſt caſus ponatur, quo filius mortuus eſt: ſiquidem filia ſuos hæredes habere non poteſt. Ait autem Imp. matri defuncti præferri liberos, qui ſui defuncto hæredes ſunt, tum qui ſunt ſuorum loco. Sui ſunt etiam liberi adoptivi: cæterum hi poſt emancipationem matri defuncti non obſtant, nec admittuntur, niſi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo, *l. 2. §. liberi hoc tit.* Quid autem juris hodie, ſi adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus ſuorum hæredum: ſed tamen quia Juſtinianus expreſſe iis ſervavit jus ſucceſſionis ab inteſtato, dicendum videtur, matri præferendos eſſe *l. pen. §. 1. C. de adopt.* Quid ſi quis deceſſerit relicta matre & item filia, quam in adoptionem dederat? & quidem in adoptionem dati neque ſui hæredes ſunt patri naturali, neque ſuorum hæredum loco. Placuit tamen ceſſare Senatusconſultum; & ſimul admitti ad bonorum poſſeſſionem unde proximi cognati matrem & filiam, *l. 2. §. ſed ſi 9. hoc. tit.* Suorum loco ſunt primum liberi emancipati, quos ſæpe diximus prætorem ſuorum numero habere, eosque tanquam ſuos, vel cum ſuis hæredibus, vel ſolos bonorum patris poſſeſſores facere. Deinde ſuorum quoque loco ſunt ex conſtitutionibus Principum, & præcipue Juſtiniani, nepotes & pronepotes ex filia: nam & hi inter ſuos & cum ſuis vocantur, *§. ult. ſup. de hær. quæ ab inteſt.* ut matri defuncti præferri debeant, cum in ſuis, aut qui ſuorum numero ſunt, gradus non quæratur, hoc eſt, nihil referat primi gradus ſint, an ulteriorum, ut ipſe Imp. hic docet.

3 *Filia ſua mortua*] Caſus, ubi de filiæ inteſtato mortuæ ſucceſſione quæritur. Ait *ſua*, id eſt, quæ ſuæ juris ſuæque poteſtatis fuerit: quomodo M. Tullius *lib. 3. de repub.* *Eſt*, inquit, *genus injuſtæ ſervitutis, cum ii ſunt alterius, qui ſui poſſunt eſſe*. Perſius *Vindictâ poſtquam meus à prætore receſſi*. & alioqui nec huic Senatusconſulto, nec ſucceſſioni ab inteſtato omnino locus eſſe poteſt, ut notatum §. *præc.* Utique illud palam eſt, liberos ſuos hæredes matri non eſſe. Apud Weſembecium vox *ſua* deeſt.

Filius vel filia præponitur ex conſtitutionibus] *L. 4. C. ad Senatusconſ. Orfic. l. 11. C. de ſuis & legit. l. 3. & pen. C. Theod. de legit. hær.* Ut autem filius & filia matri præferrentur, nec inter eos & matrem divideretur hæreditas, conſtitutionibus opus fuiſſe. Ideo Hotomannus & Bachovius ſcribunt, quia pari jure niti videantur, mater ſuffragio Senatusconſulti Tertylliani, filius & filia Orficiani & tamen in Orficiano excluduntur conſanguinei, qui in Tertylliano aut præferuntur aut cum matre concurrunt: unde ſi inteſtatæ mulieri conſanguinei extant, & mater & filia, ad ſolam filiam ex Senatusconſulto Orficiano hæreditatem pertinere reſcriptum eſt ab Alexandro *l. 1. C. ad Senatusconſ. Orfic.* Plane illud ex conſtitutionibus eſt, quod etiam nepotes neptesque admittantur & matri defunctæ præponantur, *d. l. 11. C. de ſuis & legit. lib.*

Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus] jam cum matre conferre incipit adſcendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi, patrem ſc. naturalem: nam adoptivus matri non nocet, *l. 2. § objicitur 15. l. 3. hoc tit.* Ait, *utriusq;*, id eſt, & filii & filiæ inteſtato mortuorum, de quibus diſtincte ante locutus erat. Summovet autem matrem, ſive manumiſſor hæres pater exiſtat, ſive non manumiſſori bonorum poſſeſſio competat, *d. l. 2. §. objicitur l. 19 de ſuis & legit.* *Non etiam avus & proavus*, neque avus neque proavus, ait Ulpianus in Tertylliano. matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint, *d. §. objicitur.*

Cum inter eos ſolos] Scilicet, ajunt Hotomannus Weſemb. Pac. inter patrem & matrem: qui manifeſtus error eſt: pater enim ſemper & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino eſt ad proxime antecedens, nempe ſi mortuo jam ante patre defuncti inter avum aut proavum & matrem ſolos de hæreditate agatur: hoc caſu ſignificat Imperator, matrem potiorem eſſe: aſt ubi ſimul pater ſupereſt, cui avus anteponatur, non item, verbi cauſa, nepos ab avo manumiſſus deceſſit patre & avo & matre ſuperſtitibus, hic avus manumiſſor, quia ſpeciali jure tanquam patronus patri, id eſt, filio ſuo in poteſtate retento, præfertur, matrem quoque, cui pater obſtat, propter patrem excludet, *l. 5. §. ult. hoc tit.* neque enim matri prodeſſe debet, quod avus patri anteponitur jure patroni. At patre mortuo ſi avus ſolus extet cum matre, avus etiam manumiſſor matri poſtponetur, *d. l. 2. §. objicitur eod.* Unde notant. Jo Fab. Proc. & alii regulam, *ſi vinco vincentem te, multo magis vinco te*, non procedere, ubi non ſunt pares termini: ego dicerem, ubi non meo jure te vinco, ſed propter tertium. Non abſimilis caſus eſt, qui proponitur ab Ulp. *d. l. 2. §. ſi ſit conſanguinea 18. eod.*

Frater conſanguineus excludebat matrem, ſoror autem pariter, &c.] Hic cum matre conferuntur fratres & ſorores. atque hæc tria docentur, 1. ſi fratres conſanguinei cum matre defuncti exiſtant, fratres eſſe potiores. 2. ſi ſorores conſanguineæ, ſiquidem ſolæ, cum his pariter matrem admitti. 3. ſi & ſorores ſint & fratres conſanguinei, non prodeſſe matri, quod tunc ſorores æque ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & ſorores à fratribus excludi. Porro cum fratres duntaxat & ſorores hoc loco matri objiciantur, exiſtimandum eſt, cæteris à latere venientibus ſive agnatis ſive cognatis matrem præferri. Sed & quia conſanguineorum tantum mentio fit, credibile eſt, fratres & ſorores uterinos Senatusconſulto fuiſſe excluſos: cæterum Juſtinianus hoc etiam cum matre admiſit §. 5. *inf. eod.* *Novella 118.* totum hoc jus mutatum eſt, ut identidem monuimus. 4

Et mater liberis onerata] Probabilis eſt conjectura Cujacii *in not. ad Ulp. tit. ult.* pro *onerata* legendum exiſtimantis *honorata*: ut enim verum ſit liberos matri eſſe oneri: tamen reſpectu Senatusconſulti Tertylliani, de quo hic agitur, non oneri, ſed emolumento matri ſunt. Conjecturam Cujacii Theophilus quoq; juvat, qui vertit, ἔχουσα δίκαιον παίδων, & §. 5. eandem appellat δικαίῳ παίδων κεκοσμημένην. Cic. 1. *Tuſc. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

TEXTUS.

Jus novum de jure liberorum ſublato.

4. Sed nos conſtitutione, quam in Codice, noſtro nomine decorato, poſuimus, matri ſubveniendum eſſe exiſtimavimus, reſpicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & ſæpe mortem ex hoc caſu matribus illatam. Ideoque impium eſſe credidimus, caſum fortuitum in ejus ad-

mitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur ſucceſſione ſuorum liberorum. Quid enim peccavit, ſi non plures, ſed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, ſive ingenuis ſive libertinis, etſi non ter enixæ fuerint vel quater, ſed eum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti ſunt, ut ſic vocentur in liberorum ſuorum legitimam ſucceſſionem.

COMMENTARIUS.

Conſtitutione quam in Codice] Ea eſt *l. 2. C. de jur. lib.* qua matri jus legitimæ ſucceſſionis omnimodo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit.

Impium eſſe credidimus] Non debet diſputare adverſus Senatusconſultum, quo jura matrum adaucta ſunt: nec impium, ſed plenum pietatis Ampliſſimi Ordinis conſilium fuit; nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atque educationem, & occurrere deteſtabili infantium exponendorum audaciæ: forte & flagitiis aliis fœminarum obviam ire, quæ, qui tum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant: cujus rei teſtis nobis ſit Juvenalis *Satyr. 6.*

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.
Tantum artes hujus, tantum medicamina poſſunt,
Quæ ſteriles facit, atque homines in ventre necandos
Conducit.

Quid enim peccavit] Cur non omiſſa omni diſputatione pro imperio ſuo ſtatuit, quod vult, & tribus verbis ſimpliciter matri jus legitimæ ſucceſſionis dat? Senatus non fortunam, ſed civitatis propagationem ſpectavit, uti & lex Papia Pompæa, quæ non modo cælibes, verum orbos etiam pœna affecit, quamvis nil peccantes; cum nemo divinare poſſit, uxorem, quam ducit, in fœcundam fore. Æquo tamen animo hujusmodi ferenda ſunt, & cedendum publicæ utilitati.

TEXTUS.

Quibus mater præponitur, & quibuscum admittitur.

5. Sed cum antea conſtitutiones jura legitimæ ſucceſſionis perſcrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, nec in ſolidum eam vocabant, ſed in quibusdam caſibus tertiam ei partem abſtrahentes, certis legitimis dabant perſonis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis viſum eſt, recta & ſimplici via matrem omnibus perſonis legitimis anteponi, & ſine ulla deminutione filiorum ſuorum ſucceſſionem accipere: excepta fratris & ſororis perſona, (ſive conſanguinei ſint, ſive ſola cognationis jura habentes) ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præpoſuimus, ita omnes fratres & ſorores (ſive legitimi ſint, ſive non) ad capiendas hæreditates ſimul vocemus: ita tamen ut, ſiquidem ſolæ ſorores adgnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ ſuperſint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes ſorores habeant. Si vero matre ſuperſtite, & fratre vel fratribus ſolis, vel etiam cum ſororibus, ſive legitima, ſive ſola cognationis jura habentibus inteſtatus quis vel inteſtata moriatur, in capita ejus diſtribuatur hæreditas.

NOTÆ.

5. Cum antea constitutiones] Vid. *l. 1. l. 2. & pen. C. Th. de legit. hæred.* Cujac. hic.

Anteponi, et sine ulla deminutione] Superiores conſtitutiones jus matris minuebant admiſſis adgnatis in partem tertiam, quas conſtitutiones abrogat *l. ult. C. h. t.*

COMMENTARIUS.

Partim adjuvabant. partim prægravabant] Ejusmodi extat conſtitutio Conſtantini *l. 1. C. Theod. de legit. hær.* Adjuvat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum defert etiam partem bonorum filii inteſtati detractam agnatis, à quibus antea in totum excludebatur. Viciſſim prægravat, quia licet mater habeat jus liberorum, tamen agnatis proximis ultra conſanguineos, patruo ſcilicet ejusque filio & nepoti, non ulterioribus, pari beneficio defert tertiam portionem detractam matri,

quæ ex Senatusconſulto totum ſola habitura fuiſſet. Eodem pertinet, *l. 2. d. tit.* Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, ſi thorum priorem ſecundo mutaſſet amplexu, proprietate ipſi adempta rerum filii defuncti paternarum, *l. pen. d. tit.*

In aliis contrarium faciebat] Hoc eſt, ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adſpergebant agnatis: ita hic contrarium faciebant, trientemque detrahebant agnatis, quem adſpergebant matri jure liberorum non honoratæ.

Matrem omnibus legitimis, & ſine ulla deminutione] Matres omnes jure liberorum honeſtantur, *l. ult. C. de jur. lib.* Ex quo ſecundum ſententiam Senatusconſulti Tertylliani mater, ſive ter peperiſſet, ſive non, agnatis omnibus ſecundo gradu remotioribus ſimpliciter præferenda fuerat, niſi obſtitiſſent conſtitutiones, quibus jus matris liberis honeſtatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admiſſis in partem tertiam: quas conſtitutiones Juſtinianus hic abrogat, matrem omnibus agnatis ſine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & ſororis perſona ſive conſanguinei, &c.] In Tertylliano fratres conſanguinei matrem excludebant, mater uterinos, ſoror conſanguinea cum matre pariter admittebatur. Juſtinianus etiam cum fratribus conſanguineis matrem admiſit, & cum matre etiam uterinos, *l. ult. C. hoc tit.*

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini] Cum in eum modum jura matrum beneficio Juſtiniani aucta ſint, ut legitimis omnibus, præter fratres, in totum excluſis, etiamſi ter non pepererint, ſolæ ſuccedant; ut cum conſanguineis defuncti fratribus, à quibus antea excludebantur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiamſi non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, ſi uno in caſu viciſſim jus ipſarum minueret, & fratrum ſororumque hactenus augeret, ut cum ipſa admitteret & uterinos.

Ita tamen ut, ſiquidem ſola ſorores] Quæ ſequuntur, pertinent ad modum ſuccedendi, ſive rationem diſtribuendæ hæreditatis inter matrem defuncti ejusque fratres & ſorores. Conſtituit autem, ut ſi cum matre concurrant ſorores ſolæ, ſive conſanguineæ ſive uterinæ, duo ſemiſſes fiant, quorum unum mater, alterum ſorores capiant: ſin fratres, ſive ſoli, ſive etiam cum ſororibus, in capita hæreditas dividatur, totque partes fiant, quot ſunt perſonæ ſuccedentium, *d. l. ult. C. hoc tit.* Hæc iterum mutata ſunt, *Nov. 118.* qua fratres & ſorores omnes, ex uno tantum latere defuncto conjuncti, tam à matre, quam à fratribus utrinque conjunctis, excluduntur, mater cum his ex æquis partibus ſuccedit.

TEXTUS.

De tutore liberis petendo.

Sed quemadmodum nos matribus proſpeximus, ita eas oportet ſuæ ſoboli conſulere: ſcituris eis, quod ſi tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excuſati, intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium ſucceſſione merito repellentur.

NOTÆ.

IMPUBERUM MORIENTIUM] Diſerte *impuberum*, ut & in *d. l. 10. C. de leg. hær.* nam ſi puberes moriuntur, mater ab eorum hæreditate non excluditur, *l. 3. C. hoc tit.* Nec qui filio puberi curatorem non petiit, excluditur, *d. l. 2 §. 29.* αὐτὸς γὰρ ἑαυτῷ αἰτεῖ Modeſtin. *leg. 2 §. 5. qui pet. tut. l. 6. C. eod.*

COMMENTARIUS.

ITa eas oportet ſuæ ſoboli conſulere] Matri onus tutelæ impoſitum non eſt: quia virile munus eſt, tutelam gerere: at petendi tutores negotium injunctum, quod maternæ pietati maxime convenit. Quod ſi petere neglexerit, ut indigna à legitima hæreditate filii repellitur, *l. 2. §. 1. & 2. qui pet. tut. l. 2. §. ſi mater 23. & multis ſeqq. hoc tit.* ubi hic locus fuſe explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti] Si mater, inquit Ulpian. non petierit tutores idoneos filiis ſuis, vel prioribus excuſatis rejectisve non confeſtim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum, *d. l. 2. §. ſi mater hoc tit.* idque etiam hodie adhuc obtinebit, ſi mater nec tutorem petat; nec ipſa adminiſtrationem tutelæ ſuſcipiat: quod matri conceſſum, *Nov. 118. cap. 5.* Sed hæc moribus obliterata. *Chriſtin. vol. 4. deciſ. 63. n. 7.*

Intra annum] Quid ergo, ſi intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excuſabitur à pœna: Non puto: quia requiritur, ut petat confeſtim, ubi primum potuit, id eſt, prætoris copiam habuit huic rei ſedentis, *d. l. 2. §. ſi mater & §. confeſtim 43.* ubi Græci, *hujus rei ſedentis,* τουτέστι τῇ διοικήσει τῶν πυπιλλαρίων πραγμάτων Quod vero hic dicitur, & in *l. 10. 3. C. de leg. hær.* ſi intra annum non petierit ſic accipio, ut nullo modo poſt annale ſpatium excuſetur; nec ſi magnam cauſam non petendi habuerit, quæ uſque ad annum eam excuſaret, *per d. l. 2. §. confeſtim.*

Impuberum morientium] Ex contrario ergo ſi puberes moriantur, quibus tutor penitus non eſt, mater ab eorum hæreditate non excludetur: quod & di-

& diſerte reſcriptum eſt in *l.3. C. hoc tit.* & ideo in *d. l.10. C. de legit. hær.* expreſſe additur hæc reſtrictio, ſi impuberes moriantur. Quippe credendum, puberem, qui teſtamentum facere poterat, inteſtato mori malentem, ultio matri injuriam remittere, & tacite velle ad matrem legitimam hæreditatem pertinere, per *l.8. §.1. de jur. eod.*

TEXTUS.

De vulgo quæſitis.

7. *Licet autem vulgo quæſitus ſit filius filiave, poteſt tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconſulto admitti.*

COMMENTARIUS.

Quemadmodum mater à prætore admittitur ad liberorum etiam vulgo quæſitorum bonorum poſſeſſionem, & viciſſim liberi etiam vulgo quæſiti ad bonorum poſſeſſionem matris ex capite unde proximi cognati, *l.2. unde cognat.* ita & mater ex Senatusconſulto Tertylliano admittitur ad legitimam hæreditatem filii filiæve, tam eorum, qui vulgo quæſiti ſunt, quam qui procreati ex juſtis nuptiis, *l.2. §.1. hoc tit.* Et contra etiam vulgo quæſiti ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris, *l.1. §.1. eod. §. pen. tit. ſeq.* Nimirum mater ſemper certa eſt, & in his Senatus conſultis matris & filiorum perſonæ naturaliter deſignantur. *l.7. de c. minut.* cumque vulgo quæſiti patrem non habere intelligantur, à quo ſunt agnationis & familiæ jura, nemo eſt, qui matri jure conſanguinitatis aut agnationis hic objici poſſit, *l.4. und. cogn.* Atque hoc jure etiamnum utimur, add. quæ ſub. *§. 3. & ſeq. tit.*

TITULUS IV.

D. lib. 38. t. 17. C. lib. 6. t. 57.

De ſenatusconſulto Orficiano.

TEXTUS.

Origo & ſumma ſenatus Conſulti.

4. *Per contrarium autem liberi ad bona matrum inteſtatarum admittuntur ex Senatusconſulto Orficiano, quod Orficio & Rufo Conſulibus effectum eſt, divi Marci temporibus: & data eſt tam filio, quam filiæ, legitima hæreditas, etiamſi alieno juri ſubjecti ſint, & præferuntur conſanguineis, & adgnatis defunctæ matris.*

COMMENTARIUS.

Lege duodecim tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab inteſtato ſuccedebant: nam duo duntaxat genera lex agnoſcebat, ſuos hæredes & agnatos, cujusmodi nec mater liberis, nec illi matri ſunt, ut dictum ſupra eſt in *pr. præc. tit.* Cæterum cum placitum eſſet hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam ſucceſſionem filii & filiæ; æquum erat, ut retro tantundem etiam concederetur liberis, ut ſcilicet & hi viciſſim jus legitimæ ſucceſſionis conſequerentur in bonis matris: cum adeo liberorum conditio in cauſa ſucceſſionis etiam potior eſſe debeat, propter naturæ ſimul & parentum commune votum, *l.7. §.1. unde lib.* Id effectum eſt Senatusconſulto Orficiano viginti ferme annis poſtea, quam matri legitima hæreditas delata fuerat Senatusconſulto Tertylliano, ut ex Faſtis colligitur. Cur matri tanto tempore ante conſultum fuerit, quam liberis, cauſam ignorare me fateor.

Orficio Rufo Coſſ. D. Marci temporibus] In imperio Marci Antonini Philoſophi & Commodi notantur hi Conſules, Vettius, ſeu, ut alii, Velius Rufus, & Corn. Scipio Orfitus, anno ab urbe condita 950. qui vigeſimus eſt à conſulatu Flavii Tertylli, à quo Senatusconſultum Tertyllianum. *Lamprid. in Commod. Onuphr. in faſt.* Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epiſtolis in curia recitatis, quaſi in eorum ſententiam Senatusconſulta fierent: unde ſæpe eandem rem & Senatusconſultis tribui & orationibus videmus; quemadmodum etiam in propoſito Gajus. *l. pen. hoc tit.* oratione D. Marci (quem appellatione ſacratiſſimi Principis deſignat) cautum ſcribit, ut matris inteſtatæ hæreditas ad liberos pertineat.

Etiamſi alieno juri ſubjecti] *d. l. pen.* ubi ex contrario quoque mater: licet in poteſtate patris ſit, admittitur ad bona liberorum. Et ergo uti mater filiaſ. ita & hi liberi juſſu patris adibunt, *§. poſtea 2. tit. præc.* Matrem autem, de cujus ſucceſſione quæritur, ſui juris fuiſſe, cum moreretur, oportet: alioqui ſi jus illorum temporum ſpectamus, hæredem ab inteſtato habere non potuit. Plane hodie poſt *Nov. 118.* etiam filii & filiæfa inteſtati hæredes habent in adventitiis, quorum ipſis conceſſa proprietas.

Et præferuntur conſanguineis] Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hæreditatem matris, quam ipſa ad illorum ex Tertylliano: illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modo agnatos, quos etiam in Tertylliano mater excludit, verum etiam ante defunctæ matris fratres conſanguineos, cum in Tertylliano conſanguinei defuncti præferantur matri: & quamvis v. c. ex duobus filiis alter adierit, alter repudiaverit hæreditatem

ſatem matris, tamen ad conſanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, ſed accreſcit alteri filio, *l. 1. §. ſed ſi nemo 9. hoc tit.*

TEXTUS.

De nepote & nepte.

1. Sed cum ex hoc Senatusconſulto nepotes & neptes ad aviæ ſucceſſionem legitimo jure non vocarentur, poſtea hoc conſtitutionibus Principalibus emendatum eſt, ut ad ſimilitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

COMMENTARIUS.

UTrumque Senatusconſultum & Tertyllianum & Orficianum reverentia quadam juris veteris in primo gradu cognationis ſubſtitit: atque ut Tertyllianum ſoli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem, aviam ad hæreditatem nepotum neptumve non admiſit, ſic Orficianum ſimiliter filios duntaxat & filias vocavit ad ſucceſſionem matris, non etiam nepotes & neptes ad ſucceſſionem aviæ. Nam quod Modeſtinus *l. 8. unde cogn.* reſpondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo quæſitos, ad aviæ bona ab inteſtato admitti, ad edictum prætoris pertinet, quo deficientibus legitimis ad bonorum poſſeſſionem vocantur proximi cognati.

Conſtitutionibus Principalibus] Principes Valentinianus, Theodoſius & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam ſucceſſionem aviæ, *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* ut tamen tertia parte minus acciperent, quam pater eorum vel mater habituri fuiſſent. De quo diximus ad *§. ult. ſup. de hær. quæ ab inteſt.* Noviſſimo jure in ſucceſſione ab inteſtato deſcendentes omnes æquale jus habent, nec ſexus, ſuitatis aut agnationis ulla amplius prærogativa eſt, *Nov. 118.*

TEXTUS.

De capitis deminutione.

2. Sciendum autem eſt, hujusmodi ſucceſſiones, quæ ex Tertylliano & Orficiano Senatusconſultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis deminutione non pereunt: ſed illæ ſolæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.

COMMENTARIUS.

REgula juris eſt, novas hæreditates legitimas capitis deminutione non perimi, *l. 7. de cap. min. l. 11. de ſuis & legit. l. 1. §. capitis 8. hoc tit.* Novas hæreditates appellat, quæ novo jure poſt legem 12. tabb. deferuntur vel ex conſtitutionibus vel ex Senatusconſultis, *dd. ll. & l. 3. in fin. de hæred. pet.* Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifeſtum eſt, ſcilicet quæ contingit ſalva civitate: nam libertate aut civitate amiſſa de ſucceſſione quæri non poteſt, *d. l. 1. §. capitis.* Hujus regulæ rationem hanc Paulus affert *d. l. 7. de cap. min.* quod novis legibus & hiſce Senatusconſultis hæreditates ſic deferantur, ut perſonæ naturaliter deſignentur, id eſt, nomine naturali, puta matris aut filii filiæve: quæ nomina ut naturalia ſunt, ita poſt capitis deminutionem adhuc manent.

Illa ſola, quæ ex lege duodecim tabb.] Propterea quod lege 12. tabb. hæreditas ſic defertur, ut perſonæ deſignentur civiliter, id eſt, civili nomine, ſuorum ſcilicet hæredum & agnatorum; quæ nomina cum civilia ſint & qualitates, minima quoque capitis deminutione pereunt, *§. ult. ſup. de leg. agn. tut.*

TEXTUS.

De vulgo quæſitis.

3. Noviſſime ſciendum eſt, etiam illos liberos, qui vulgo quæſiti ſunt, ad matris hæreditatem ex Senatusconſulto admitti.

NOTA.

3. QUI VULGO QUÆSITI] Et hi matri quoque ſuccedunt ſimul cum liberis legitimis, niſi mater ſit illuſtris, & legitimam ſobolem habeat: nati autem ex concubinatu (ſc. licito, μὴ ἐξ ἀθεμιτογαμίας) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illuſtris ſucceſſionem, *l. pen. C. h. t.* Nimirum mater ſemper certa eſt, & in his SCtis perſonæ naturaliter deſignantur.

COMMENTARIUS.

1. Ex concubina natos meliore conditione eſſe, quam vulgo quæſitos, & hos, quam natos ex damnato coitu.

2. Quid moribus hic receptum.

SIcut mater ex Tertylliano ſuccedit liberis etiam vulgo quæſitis, ita viciſſim & vulgo quæſiti matri ſuccedunt ex Orficiano, *l. 1. §. 2. hoc tit.* propter rationem, quam paulo ante indicavi, & ſub *§. ult. præc. tit.* Succedunt autem matri non tantum, cum ſoli ſunt, ſed ſimul etiam cum liberis ex juſto matrimonio procreatis, niſi mater illuſtris ſit, cui ſpurii non aliter ex conſtitutione Juſtiniani ſuccedunt, quam ſi legitima ſoboles deficit, ne ſtirpis claritudo

iſta labe & memoria maternæ infamiæ dedecoretur,
1 *l. pen. C. eod.* Sed & præteriti de inofficioſo matris teſtamento dicere poſſunt, *l. ſi ſuſpecta 29. §. de inoff. teſt.* Inter patrem vero & ſpurios jus idem mutuæ ſucceſſionis non eſt. Porro ſciendum eſt; liberos naturales, id eſt, natos ex concubina, paulo meliore conditione eſſe; quam ſpurios ſeu vulgo quæſitos, ſive de ſucceſſione matris quæratur, ſive de ſucceſſione patris, & utroſque meliore, quam natos ex complexu damnato inceſtove. Naturales ſeu nati ex concubinatu admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illuſtris & per matrem adſcendentium ſucceſſionem *d. l. pen. C. hoc tit.* Denique & patri naturali ex jure noviſſimo in duas uncias una cum matre dividendas ſuccedunt; niſi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo caſu alimentis contentos eſſe oportet. *Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet, Cod. de nat. lib.* quorum neutrum pertinet ad *ϕοgνογενεῖς*. Ex inceſto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem ſucceſſione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi jus habent. *d. Nov. 89. cap. ult. Nov 74. cap. ult. auth. ex complexu, C. de inceſt. nupt.* quem tamen rigorem mitigavit æquitas juris Canonici, *cap. cum haberet, in fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. poll.* Sane nec putarem jus civile refragari, quominus magiſtratus, ex officio liberis hujuſmodi, alias fame perituris, alimenta jubeat ſubminiſtrari: nam & pater, licet inceſtuoſus & impius, alendus eſt, quia pa-
2 ter eſt, *Nov. 12. cap. 2.* vid. Palæot. *de noth. & ſpur. cap. 41. cum ſeqq. Gail. 2. obſ. 115. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 198. & vol. 4. deciſ. 64.* Mores hac in parte nonnihil à jure Romano diſceſſerunt. D. Gudelinus *lib. 2. de jure noviſſ. cap. 13. in fin.* ſcribit, moribus pletarumque regionum liberos naturales, ſeu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem, aut parentum maternorum bona admitti; & nullibi in his provinciis ad duas uncias hæreditatis paternæ: quod poſterius etiam tradit *VVameſ. cent. 1. conſ. 42.* & poſt eum *D. Tulden. comm. in tit. 1. hujus lib. cap. 11.* Apud nos naturales, nec non ex his deſcendentes, non tantum matri, reliquiſque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte ſuccedunt, ſed reliquis quoque per matrem conjunctis perſonis: quoniam reſpectu matris in cauſa ſucceſſionis illegitimi idem juris, quod legitimi, habent, extra quam, ſi nati ſint ex vetito aut nefario complexu; qui cum ſobole ſua ab omni ſucceſſione remoti. Et viciſſim materni naturalibus in partem dimidiam ſuccedunt, videlicet matre mortua: partem autem alteram fiſcus occupat tanquam vacantem. Quod ſi mater adhuc vivat, univerſa hæreditas ad fiſcum devolvitur, quemadmodum & univerſa devoluta fuiſſet ad paternos, ſi defunctus legitime procreatus fuiſſet. Eorum, qui nati ſunt *ἐξ ἀθεμιτογαμίας*, ex damnato punibili legibus coitu, (quos vocamus *over VVonnen baſtarts*) hæreditatem fiſcus ſine diſtinctione totam ſibi vindicat; quaſi eorum, qui deſtituti ſint omni cognatione, & tam materna, quam paterna, propter admiſſum à parentibus nefas, *vid. Grot. lib. 2. manuduct. cap. 28. in fin. & cap. 31.* ubi & jura quædam ſingularia commemorat, conceſſa quibusdam civitatibus.

TEXTUS.

De jure accreſcendi inter legitimos hæredes.

4. *Si ex pluribus, legitimis hæredibus quidam omiſerint hereditatem, vel morte, vel alia cauſa impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, accreſcit illorum portio: & licet ante deceſſerint, ad hæredes tamen eorum pertinet.*

COMMENTARIUS.

Hic locus continet doctrinam omnibus legitimis ſucceſſionibus communem; nempe ſi plures ſint ejuſdem ordinis & gradus, qui ſimul ad ſucceſſionem vocentur, & eorum aliqui defecerint, portionem illorum cæteris qui adierunt, accreſcere. Ex quo diſcimus, jus accreſcendi non modo locum habere inter hæredes teſtamentarios, verum etiam inter legitimos, ſive ſui ſint, ſive alterius generis hæredes. Quod ſi nullus eorum, qui pari gradu & proximi ſunt, adierit, ſequentibus ejusdem ordinis hæreditatem deferri docemur *§. pen. ſup. de leg. agn. ſucc.*

Reliquis, qui adierint accreſcit] *L. 1. §. ſi nemo 9. hoc. tit. l. 9. de ſuis & legit.* unde totus hic locus deſcriptus eſt. Ratio eſt, quia nemo hæredem pro parte habere poteſt, aut diverſi generis ſucceſſores, puta hæredem legitimum & fiſcum, illa autem ratio, quod nemo pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus, decedere poteſt, adæquata non eſt, ſed particularis, ubi ex pluribus teſtamento inſtitutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat.

Licet ante deceſſerint] His verbis non hoc ſignificat Imperator, portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata ſit, mortuo eo antequam hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, iiſque portionem deficientium accreſcere: certum enim eſt, hæreditatem non aditam non tranſmitti, *l. unic. §. 5. C. de cad. toll.* portionem autem accreſcere portioni. *L. ſi Titio. 33. in fin. de uſufr.* ut proinde nihil hæredibus, illius

illius legitimi hæredis, qui non adiit, accreſcere poſſit: ſed ſi deceſſerit, antequam ipſi accreſceret; quod diſerte expreſſit Marcian. *d. l. 9. de ſuis & leg.* hoc eſt, ſi deceſſerit poſtea quidem quam portionem ſibi ab initio delatam adeundo vel pro hærede gerendo acquiſiviſſet, ſed antequam cohæredes deficerent, eorumque portio ipſi deferretur & accreſceret. Plane ad ſuos hæredes, qui ipſo jure ſine aditione hæredes exiſtunt, *l. 14. de ſuis & legit.* & qui ex lege Theodoſii hæreditatem non aditam transmittunt, *l. un. C. de his qui aut. ap. tab.* pars deficientis quoquo modo pertinebit.

TITULUS V.

De Succeſſione cognatorum.

TEXTUS.

Tertius ordo ſuccedentium ab inteſtato.

Poſt ſuos hæredes, eoſque quos inter ſuos hæredes prætor & conſtitutiones vocant, & poſt legitimos (quorum numero ſunt adgnati, & hi, quos in locum adgnatorum tam ſupradicta Senatusconſulta, quam noſtra erexit conſtitutio) proximos cognatos prætor vocat.

NOTA.

PRÆTOR VOCAT] Ad bonorum ſc. poſſeſſionem: nam cognati hæredes jure civili non fiunt. *Vide inf. in comment.*

COMMENTARIUS.

Ex antiqua duodecim tabularum duos tantum hæredum ab inteſtato ordines fecit, ſuorum & agnatorum. Novæ leges & Senatusconſulta non addiderunt quidem ordinem novum; ſed perſonas quasdam, quæ nec ſui hæredes, nec agnati revera ſunt, ſuorum hæredum & agnatorum numero eſſe voluerunt atque in ordine ſuorum vel agnatorum una cum vere ſuis hæredibus aut agnatis ad hæreditatem inteſtati admitti. Inter ſuos hæredes novæ leges numerant, ſuisque per omnia exæquant liberos legitimatos, *§. 2. ſup. de hær. ab inteſt.* Inter eosdem quoque, & ſimul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex ſexu fœmineo, *§. ult. d tit. 1.* In agnatorum ordinem Senatusconſulta tranſtulerunt matrem & liberos, Juſtinianus fratres & ſorores uterinos, eorumque & ſororum conſanguinearum filios & filias, *§. 4. ſup. de leg. agn. ſucceſſ. l. pen. §. 1. Cod. de leg. hær.* Anaſtaſius fratres & ſorores emancipatos, *§. 1. inf. hoc tit.* Prætor vero tres ſuccedentium ab inteſtato ordines fecit: primum liberorum; (non dixit *ſuorum*, quia ex libertis vocat e[illegible] non ſuos) alterum legitimorum, in quo vocantur agnati & jura agnationis habentes ex poſterioribus legibus, aut ex Senatusconſultis, *l. 2. §. ult. & l. ſeq. unde legit.* tertium cognatorum, in quo admiſit omnes, quos ſola ſanguinis ratio vocat ad hæreditatem, licet jure civili deficiant, *l. 1. in pr. l. 2. unde cogn.* item eos, qui quod prioribus ordinibus excluſi eſſent, ex nullo alio capite venire poterant, *l. 5. d. tit. §. 1. inf. hoc tit.* Tandem Juſtinianus cognatos omnes etiam hæredes legitimos fecit, adempta agnatis omni prærogativa. *Nov. 118.*

Proximos cognatos prætor vocat] In hoc ordine qui ad ſucceſſionem vocantur, videlicet cognati, jure civili hæredes non fiunt: ſed jure prætorio bonorum poſſeſſores: ac proinde pertinent ad *tit. de bon. poſſ. inf.* Poſſunt tamen etiam hoc loco conſiderari, quia prætor bonorum poſſeſſores pro hæredibus habet, & vi ipſa hæredes facit. Poſt *Nov. 118.* cognati jure civili ſuccedunt, ut non magis quam agnati prætoris auxilio indigeant.

TEXTUS.

Qui vocantur in hoc ordine. De agnatis capite minutis.

1. *Qua parte naturalis cognatio ſpectatur. Nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti ſunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, ſed à prætore tertio ordine vocantur; exceptis ſolis tantummodo fratre & ſorore emancipatis non etiam liberis eorum: quod lex Anaſtaſiana cum fratribus integri juris conſtitutis vocat quidem ad legitimam fratris hæreditatem, ſive ſororis, non æquis tamen partibus ſed cum aliqua deminutione, quam facile eſt ex ipſius conſtitutionis verbis intelligere. Aliis vero adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem paſſi non ſunt, tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.*

COMMENTARIUS.

POtro jam declarare inſtituit Imperator, quinam illi ſint, quos prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat: & ad extremum ſucceſſionem eorum det[illegible]inat. Revocemus illos ad tres claſſes. Primum in [illegible]o numero ponit agnatos capite minutos, id eſt, minimam capitis deminutionem paſſos: nam media & maxima capitis deminutione interveniente jus omne ſucceſſionis tollitur, *l. 1. C. de hær. inſt.* Igitur ut capite deminuti, hoc eſt, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hæreditatis, quæ lege 12. tabb. deferebatur, ita nec prætor his dabat bonorum poſſeſſionem jure hæredum legitimorum, *l. 5 unde cogn. l. 1. unde legit.* Cæterum quia jura naturalis cognationis & ſanguinis minima capitis deminutione non pereunt, ſed poſt eam ſalva adhuc & integra manent, *§. ult. ſup. de leg. agn. tut. l. 8. de reg. jur.* prætor qui tertia edicti parte, qua ſcilicet proximos cognatos vocat, tantum naturalem ſanguinis conjunctionem ſpectavit, eadem parte recte etiam admiſit capite minutos, ſcilicet poſt ſuos & legitimos, *l. 1. unde legit. d. l. 5. unde cogn.* Ut ecce, frater emancipatus ad fratris ſui hæreditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque ſolus, neque cum fratribus integri capitis: unde nec jure honorario venire poterat ad bonorum poſſeſſionem ex edicto unde legitimi: ſed tertio demum loco admittebatur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

Exceptis fratre & ſorore emancipatis, &c. quos lex Anaſtaſiana] Hæc lex Anaſtaſii deſideratur. Inſerta ſine dubio fuit priori Codici, quoniam hic legenda nobis commendatur: ſed in Codice repetitæ prælectionis poſita non eſt, propter *l. ult. C. de leg. hæred.* ut opinor, qua plenius fratribus & ſororibus emancipatis conſulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ ſucceſſionis datur. Anaſtaſius enim ſolos fratres & ſorores emancipatos vocaverat, & cum partis aliqua deminutione, nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius conſequerentur, ſi fides Theophilo. Juſtinianus vero emancipatos cum reliquis fratribus ſuccedere voluit æquo jure & ſine ulla deminutione *d. l. ult. § 1. & 3.* Itaque hic etiam *§. per d. l. ult.* correctus eſt: quippe quam poſt Inſtitutiones jam compoſitas & editas promulgatam eſſe apparet ex eo, quod Imp. in ipſa lege mentionem Inſtitu[illegible]num facit. Veſtigium legis Anaſtaſianæ extat *l. 4. [illegible]de leg. tut.*

Aliis vero agnatis, &c. anteponit eos, & procul dubio cognatis] Hoc expeditius procedit poſt *Nov. 118.* Pertinent etiam ad hanc claſſem, qui in adoptionem dati ſunt à patre, aut qui cum ſui juris eſſent, ſe adrogari ſiverunt: nam & iſti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant; ac propterea etiam tertio hoc capite à prætore vocantur, *l. 1. §. 4. unde cogn.*

TEXTUS.

De conjunctis per fœminas.

2. *Eos etiam qui per fœminini ſexus perſonas ex transverſo cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad ſucceſſionem vocat.*

COMMENTARIUS.

HÆc ſecunda claſſis eſt eorum, qui à prætore vocantur gradu ſeu ordine tertio, nimirum qui per muliebrem ſexum ex transverſa cognationis linea conjuncti ſunt, quique agnationis jus, quippe quod à patre oritur, nunquam habuerunt, *l. 2. & l. 4 unde cogn.* Ait autem diſerte *ex transverſo:* quia qui ſunt in linea recta, eos ſecundo capite prætor vocat: quoniam his jus legitimorum hæredum competit ex Senatusconſultis & conſtitutionibus, de quibus actum eſt ſuperius.

Proximitatis nomine] Id eſt cognatos, *l. 3. d. l. 4. unde cogn. l. 8. de ſuis & leg. §. pen. & ult. inf. eod.* In cognatione enim ſola proximitas ſpectatur: agnati vero licet gradu remotiores, ordine tamen potiores ſunt omnibus cognatis, qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non ſunt, ut ſæpe dictum eſt.

TEXTUS.

De liberis datis in adoptionem.

3. *Liberi quoque, qui in adoptiva familia ſunt: ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.*

COMMENTARIUS.

LIberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, *l. 1. §. 4. unde cognati.* Pertinent autem hi ad primam claſſem, eorum ſc. qui jus agnationis per capitis deminutionem amiſerunt, ut notavimus in fine *§. 1. hoc tit.* Quod ſi ab adoptivo patre emancipati fuerint vivo adhuc patre naturali, recipiunt gradum liberorum, *l. 4. unde lib.* & perinde admittuntur ad bona patris naturalis, ac ſi ab ipſo emancipati eſſent, nec unquam fuiſſent in familia adoptiva, ut ſcil. jam ex prima parte edicti veniant, qua prætor liberos vocat, *§. at hi. 10. junct. §. admonendi, ſup. de hær. quæ ab inteſt. inf.*

TEXTUS.

TEXTUS.

De vulgo quæſitis.

4. Vulgo quæſitos nullos habere adgnatos, manifeſtum eſt: quum adgnatio à patre ſit, cognatio à matre; hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter ſe quidem poſſunt videri conſanguinei eſſe: quia conſanguinitatis jus ſpecies eſt adgnationis. Tantum ergo cognati ſunt ſibi, ſicut & matri cognati ſunt. Itaque omnibus iſtis ex ea parte competit bonorum poſſeſſio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

NOTÆ.

4. NULLOS HABERE ADGNATOS] Quia adgnationis jus à patre oritur, quem nullum habent vulgo concepti, *d. l. 4. unde cogn. l. 23. de ſtat. hom.* Sed nec ex concubina nati jus adgnationis in familia patris habent, *l. 24. d. tit.* Imo ne cognationis quidem in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato; extra caſum auth. licet. *C. de nat. lib.*

SICUT ET MATRI COGNATI] Leg. ut vet. Cod. *ex matre magnati.* Th. ἀπὸ μητρός.

COMMENTARIUS.

1. *Non magis natos ex concubina, quam vulgo quæſitos, jus agnationis habere.*
2. *Naturales & ſpurios ex eadem matre editos, & inter ſe & cum aliis per matrem conjunctis jus cognatorum habere; ex patris tantum latere junctos non item.*
3. *Natos ex damnato legibus coitu omnis ſucceſſionis eſſe expertes.*

IN tertia claſſe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, ſunt vulgo quæſiti; qui & ipſi inter ſe, & cum aliis per matrē è latere conjunctis jus cognationis habent. Ajo, à latere: quoniam inter matrem ipſam & liberos, licet vulgo quæſiti ſint etiam legiti mæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus eſt ex Senatusconſultis & conſtitutionibus. Poſt *Nov. 118.* idem jus ſucceſſionis inter ſe habent, quod parentes & liberi legitimi.

Nullos habere adgnatos] Ad ſpurium nullius hæreditas, & ad nullū hæreditas ſpurii jure agnationis pertinere poteſt: quoniam agnationis jus à patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgo concepti ſunt, *l. 4. unde cogn. junct. l, cum legitimæ 19. l. vulgo 23. de ſtat. hom.* Sed nec natorum ex concubina hæreditas ad ullum jure agnationis pertinet: quia etſi patrem demonſtrare poſſunt, jura tamen agnationis in familia patris non habent; quippe quæ nemo ex naturalibus liberis conſequitur, niſi qui ex legitimo matrimonio natus eſt: cæteri omnes matrem ſequuntur, *d. l. 19. l. lex 24. de ſtat. hom. Forſt. tract. de hær. quæ ab int. circa fin. lib. 1.*

Ne inter ſe quidem poſſunt videri conſanguinei] Argumentum à remotione generis ad remotionem ſpeciei. Si vulgo quæſiti non ſunt inter ſe agnati, nec erunt inter ſe conſanguinei: quoniam conſanguinitas eſt ſpecies agnationis. Etenim agnati omnes ſunt, qui per virilem ſexum conjunguntur: conſanguinei ſoli fratres & ſorores eodem patre nati. Quare ſi jure agnationis hæreditas ad vulgo quæſitos pertinere non poteſt, nec poterit jure conſanguinitatis, *l. 4. unde cogn.* Ex hoc autem loco apparet, conſanguinitatem non eſſe ordinem per ſe, ſed gradum in ordine agnatorum. Qua de re abunde ſupra *de leg. agn. ſucc.*

Cognati ſunt ſibi ſicut & matri] *L. 4. §. 2. de grad. & affin. l. 2. unde cogn.* An igitur liberi extra nuptias concepti, ſive vulgo ſive ex concubina, matri tantum & maternis cognati ſunt, non etiam patri & paternis? Sunt ſane: & naturalis hæc cognatio obſtat; quominus pater filiam, frater ſororem vulgo quæſitam uxores ducere poſſint, *l. 14. §. 2. l. & nihil 54. de rit. nupt.* Cæterum in cauſa ſucceſſionis ratione patris jus cognationis nec inter ſe, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent; quantumvis nati ſint ex concubina: quanquam hos Juſtinianus patri ſuccedere voluit in duas uncias: ſi nulli liberi legitimi nec uxor ſuperſit, *auth. licet. C. de natur. lib.* quod tamen in his regionibus non obſervari monuimus ſub § *pen. ſuperioris tit.* Sic ergo habe- 2
to: Fratres naturales & ſpurii ex diverſis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec ſibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliisve per patrem conjunctis, ſuccedunt. Contra vero etiam fratres illegitimi, ſive ex concubina ſive vulgo nati, ex eadem tamen matre, licet diverſis patribus, geniti, invicem ſibi jure cognationis ſuccedunt, & item per matrem à latere conjunctis; & hi viciſſim illis, *d. l. 1. unde cognat. & hic text.* dum tamen ex eo complexu orti non ſint, qui jure accuſari & puniri queat. Nam 3
ex damnato & ſecundum leges, ut loquuntur, punibili coitu nati omnis ſucceſſionis, ſive paternæ ſive maternæ, tam ex teſtamento quam ab inteſtato penitus ſunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matreve (quod eſt extra controverſiam) nec inter ſe ipſi, aut cum aliis per patrem matremve à latere conjunctis habent. Quippe cujusmodi ſobolem nec liberorum nomine cenſendam, nec eam, ex

qua nati appellatione matris, Juſtinianus conſtituit: proinde nec fraternitatis inter illos neceſſitudo eſſe videtur, quæ faciat ſucceſſioni locum. Per *c. ult. Novell. 74. & c. ult. Nov. 89.* Gloſſa comm. approbata *in l. ult. Cod. de natural. lib. Cagnol. in l. pen. Cod. ad Senatusconſ. Orfit. Palæot. de noth. & ſpur. cap. 43. Forſter. tit. de ſucceſſ. eor. qui ex damnat. coit. concluſ. 5. Anton. Fab. Cod. ſuo, lib. 6. tit. 33. deciſ. 3. 7. & 8. Fachin. 9. cont. 10. Diff Chriſtin. volum. 1. deciſ. 198. & ibi citati.* De jure patrio dixi ſub §. *penult. prec. tit.*

TEXTUS.

Ex quoto gradu vel agnati, vel cognati ſuccedunt.

5. *Hoc loco & illud neceſſario admonendi ſumus, adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etſi decimo gradu ſit, ſive de lege duodecim tabularum quæramus, ſive de edicto, quo prætor legitimis hæredibus daturum ſe bonorum poſſeſſionem pollicetur. Proximitatus vero nomine iis ſolus prætor promittit bonorum poſſeſſionem, qui usque ad ſextum gradum cognationis ſunt, & ex ſeptimo à ſobrino ſobrinaque nato natave.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur latius agnatorum ſucceſſionem diffundi placuerit, quam cognatorum.*
2. *In obſcuro eſſe, cur ſexto potius, quam quo alio gradu ſucceſſio cognatorum determinata, exploſa ratione Mynſingeri & aliorum.*
3. *Supradictum diſcrimen ſublatum eſſe Nov. 118.*
4. *Agnatorum ſucceſſio an certo gradu terminetur, & an novo jure item cognatorum. Et quid hic uſus ſervet.*

HOc §. determinatur ſucceſſio eorum qui ex tertio capite unde cognati veniunt, & ſimul inſinuatur differentia, quæ hac in parte ſit inter agnatos & cognatos.

1 *Agnationis jure etſi decimo gradu*] Nominis & familiæ propagandæ ſtudium fecit, ut ſucceſſio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quam quæ naturali duntaxat cognatione. Nec à prætore in infinitum producenda fuit ſucceſſio jure civili incognita. Ait, *etſi decimo.* Hoc dicitur πρὸς διαστολὴν ſexti, quo terminatur ſucceſſio cognatorum: nam agnatorum ſucceſſionem verius eſt nullo fine terminatam fuiſſe, ut mox audiemus.

Edicto quo prætor legitimis] Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem, iisdem, etſi hæredes non extiterint, prætor, ut cuſtos & miniſter juris civilis, etiam jure legitimi hæredis defert bonorum poſſeſſionem; quamvis ſexto gradu ſint remotiores.

Usque ad ſextum cognationis gradum] Incluſive, ut loquuntur, *l. 1. §. 3. l. pen. unde cogn.* Quid prætorem moverit, ut potius ſexto gradu, quam quinto aut alio hanc ſucceſſionem determinaret, difficile eſt dicere. Paulus 4. *ſent. 11. in fin.* hanc rationem affert, quod in ſexto gradu deficiunt nomina cognationis, quibus perſona proprie denotentur. 2 Mynſingerus, Hotomannus & Weſembecius aliam afferunt, quia ſcilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitatem ultra ſextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod pace tantorum virorum dictum ſit, perſpicue inepta & falſa eſt. Tractatur enim hic non de ſucceſſione adſcendentium aut deſcendentium, ſed eorum, qui ex latere veniunt, quos ultra ſextum aut ſeptimum gradum qui reperiri poſſe negat, eum neceſſe eſt ſanæ mentis non eſſe. Et vero ſi natura ultra eum gradum neminem patiatur vivere, nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo hos, licet longe remotiores ſint, & jus civile & prætor admitti voluit? Equidem fateor, Paulum quoque dict. loco eandem illam rationem expreſſiſſe, & Modeſtinum quoque *in l. 4. in pr. de grad. & affin.* Verum illi, ut credibile eſt, in hac αἰτιολογίᾳ reſpexerunt maxime ad ſucceſſionem ſuperiorum & inferiorum, id eſt, eorum, qui ſunt in linea recta, & transverſa inæquali. Nam in transverſa æquali, puta ſi ex duobus fratribus continua ſerie ſobolem propagatam ponamus, vel viceſimo gradu inter ſe diſtantes reperias. De eo nemo dubitat, ſi Hotomannum exceperis; quin hodie, ſublato per *Nov. 118.* agnationis & cognationis diſcrimine, intelligi debeat ſublatum quoque eſſe diſcrimen termini ſucceſſionis; quod pene etiam expreſſum eſt in calce *cap. 3. d. Novell. 118. Gloſſ. Ioan. Faber. Angel. Weſemb. hic. Forſter. dict. tract. 3. cap. 9.* Unum ſupereſt non ſatis expeditum, utrum quemadmodum ſextus gradus terminus ſucceſſioni cognatorum hic poſitus eſt, ita etiam decimus præfixus intelligi debeat ſucceſſione agnatorum; an vero hæc certo gradu non terminetur. Unde dependet deciſio quæſtionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantum ad decimum usque gradum ſuccedant; an vero etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum ſucceſſioni agnatorum hic conſtitutum, multa ſuadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, ſi etiam ultra decimum

mum agnati admittantur? Deinde cum utrumque dicat, agnatos ſuccedere etiam qui in decimo gradu ſunt, & cognatos usque ad ſextum, ratio pati non videtur, ut dicamus, uno numero ſucceſſionem terminari, altero non item. Poſtremo niſi finis aliquis ſucceſſioni agnatorum ſtatuatur, vix unquam ordini tertio, aut quarto, in quo ſunt vir & uxor, locus futurus eſt. Hoc igitur poſito, decimo gradu terminatam fuiſſe ſucceſſionem agnatorum, dicendum eſt, æquato cum agnatis jure cognatorum *dict. Nov. 118*, utroſque jam ad decimum gradum admittendos eſſe, non ultra. Quod & vulgo receptum eſt, teſtibus *Ioan. Fab. Ang. Porc. Mynſ. Schneid. Weſemb.* & apud nos ſervari tradit *Grot. lib. 2. introduct. cap. 30.* Sed in contrarium movet, quod ſupra Juſtinianus tradidit, jure agnationis hæreditatem ultro citroque capi, etiamſi longiſſimo gradu ſunt, *§. 3. in pr. de leg. agn. ſucceſſ.* quod & mox ibidem repetit, & iterum *§. ultim. inf. de ſerv. cognat.* item quod *Vlpian. l. 2. §. 1. de ſuis & leg.* definit, agnatos eſſe cognatos virilis ſexus, ab eodem ortos in infinitum: in qua definitione effectum & jus ſuccedendi Juriſconſultum conſideraſſe perſpicuum eſt: ideo enim virilis ſexus tantum meminit; ut ſignificet, maſculos ſolos, non etiam fœminas agnatas, conſanguineis remotiores, jus legitimæ ſucceſſionis habere, *§. 3. ſup. de leg. agn. ſucceſſ.* Et denique quod lex duodecim tabularum ſimpliciter & ſine ulla determinatione gradus, ſi ſui hæredes non extent, proximum agnatum familiam habere jubet. Nec difficilis reſponſio eſt ad ea, quæ pro communi ſententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quominus dicamus, exempli tantum gratia, hic decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis & cognatis Imp. loquitur. De agnatis non loquitur determinative: ſed ait, eos ſuccedere, etſi decimo gradu ſint, utens rotundo & certo numero pro incerto. De cognatis contra determinative: ait enim, eos ſuccedere usque ad ſextum gradum. Porro facile evenire potuit, ut defunctus, vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes, vel ut agnati in ſuo ordine non ſuccederent, puta ſi proximus deceſſiſſet, *§. placebat. 7. ſup. de leg. agn. ſucc.* His jam conſequens eſt, poſt *d. Nov. 118.* etiam cognatos ultra decimum gradum ſuccedere debere, uti etiam in *fin. cap. 3. d. Nov.* omnes deinceps à latere cognati ſimpliciter & ſine ulla determinatione vocantur. Quæ ſententia Baroni quoq; & Bachovio probatur, item Gudelino *lib. 2. de jur. Nov. c. 15 & Valent. Forſtero d. tract. lib. 3 c. 10. in fin.* ſed is in eo fallitur, quod ita etiam moribus receptum putat: contrarium enim teſtantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus: & apud nos conſtat, deficientibus cognatis decimi gradus bona defuncti ad fiſcum devolvi, *Grot. 2. manud. 30.*

Sobrino ſobrinaque nato natave] Bonorum poſſeſſio, ait Ulpian. quæ ex hac edicti parte datur, cognatorum ſex gradus complectitur, & ex ſeptimo duas perſonas, ſobrino & ſobrina natum & natam, *l. 1. §. 3. unde cognit.* Propter has autem duas perſonas, quæ ex ſeptimo veniunt, Paulus videtur ſeptem gradus conſtituiſſe, *lib. 4. ſent. 11. in fin.*

RATIO SUCCEDENDI ab inteſtato ex jure noviſſimo.

De ſucceſſione liberorum.

1. *Iure novell. liberos omnes, non habita ratione familiæ, ſexus, gradus, cæteris omnibus in ſucceſſione parentum præferri: & quæ inde conſectaria.*
2. *Duæ cauſæ, in quibus alia perſona cum liberis admittitur.*
3. *Quis ſuccedendi in ordine modus.*
4. *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis, remiſſive.*

SUccedentium ab inteſtato tres ordines Juſtinianus noviſſime fecit *Nov. 118.* Primus eſt deſcendentium ſive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, ſoloſque admitti ad hæreditatem parentum inteſtato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque ſexus, neque familiæ, neque gradus ulla prærogativa eſſet: ſed ſive maſculi ſint, ſive fæminæ, ſive ex maſculis, ſ. ex fœminis deſcendant; & ſive ſuæ ſint poteſtatis, ſive ſub poteſtate; primi ſive inferiorum graduum, adſcendentibus omnibus & lateralibus præponerentur, *d. Nov. 118. c. 1.* Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac ſucceſſione ſuis ſic exæquari, ut illi jam non amplius indigeant auxilio prætoris. Etſi nihilominus ad acquirendam hæreditatem, eamve ad quoscunque hæredes transmittendam, neceſſaria iis ſit aditio, uti & iis, qui ex fœminis deſcendunt, ut bene doctiſſimus Vigl. in *§. ſed hæc, ſup. de exhær. lib.* Deinde ſic admitti, ut etiam patri, in cujus poteſtate defunctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ patri ex conſtitutionibus non acquiruntur; quod etiam expreſſe *d. cap. 1.* cautum eſt. De pluribus autem gradibus liberorum ſic ſtatuitur; vivos quidem liberos primi gradus obſtare nepotibus ex ſe natis in ſucceſſione avi: illis autem mortuis, nepotes in locum eorum ſuccedere & admitti ad ſucceſſionem avi, ſive ſoli ſint, ſive cum filiis defuncti, iisdemque filiis ſuis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus ſuis hæredibus, *§. cum filius 6. ſup. de hær. quæ ab int.* Quid ſi filius emancipatus ſit, nepos in poteſtate retentus? Dicendum eſt, filium ſolum excluſo nepote admitti

admitti, ut nunc amplius locus non ſit edicto *de conjungendis cum emanc. lib. arg. d. c. 1.* quod & D. Gudelinus *lib. 2. de jur. non c. 13. poſt D. Weſemb. in par.* ad iſtud edictum, recte obſervavit: utut id negent *Cujac. ad hanc Nov. & Hotom. ad calcem tit. de
2 hær. quæ ab int.* Duo tantum ſunt caſus, quibus parens ſuperſtes cum liberis ad certam partem jure ſingulari admittitur; pater in uſumfructum virilis partis bonorum, (quæ ex hæreditate materna ad filios emancipatos pervenerunt) *l. 3. C. de bon. matern.* conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili uſusfructus eorum. *Nov. 53. c. ult. Nov. 117. cap. 5. auth. præterea, unde vir. & ux.* de quo pluscula D. Tuld. comm. *de hær. quæ ab int. c. 14.* Cæterum neutrum horum jure partio obtinet,
3 Modus ſuccedendi in hoc ordine talis eſt. Nepotes ſive ſoli ſint, diverſarum tamen ſtirpium, ſive cum thiis ſuis concurrant, ſuccedunt in ſtirpes; quoniam jure repræſentationis ſemper veniunt, ut ſcilicet in paternis demortui locum ſuccedant, non habita ratione, cujus ſexus parens fuerit, aut an liberos in poteſtate habuerit, nec ne *d. cap. 1.* quod repræſentandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui ſunt gradu proximiores. Per *§. ult. ſup. de hær. quæ ab inteſt.* Liberi vero omnes, qui ejusdem ſunt ſtirpis
4 & gradus, in capita ſuccedunt, id eſt, viritim, ut æqualiter hæreditas inter eos dividatur, *d. c. 1. facit §. 6. & d. §. ult. de hær. quæ ab inteſt.* Sciendum autem eſt, Juſtinianum toto *d. cap. 1. Nov. 118.* loqui de ſolis liberis natis ex juſto matrimonio; quibus tamen etiam exæquati ſunt in hac cauſa liberi legitimati, §. *2. ſup. d. tit.* ubi diximus *Nov. 74. & 89.* De illegitimorum ſucceſſione alibi tractavimus, §. *pen. ſup. de Senatuſconſ. Orfic.* In ſucceſſione adoptivorum ſequendum, quod conſtitutum eſt *l. pen. C. de adopt.* de quo non uno loco diſſerimus ſub *tit. de hæred. quæ ab inteſt.* Sæpe etiam alibi monuimus, apud nos adoptionem in uſu non eſſe, certe non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut ſub *rubr. de adopt.* & ſub *tit. de exhær. lib.*

De ſucceſſione parentum.

1. In hoc ordine quis ſuccedendi modus; & an referat unde bona obvenerint.

2. Qui pariter cum adſcendentibus admittantur, & in quam partem.

SEcundus ordo adſcendentium eſt, ſive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum ſuorum hæreditatem vocantur hoc
1 modo. Si nec fratres defunctus reliquerit, ſuccedunt ſoli, & ſoli inter eos, qui ſunt gradu proximi, *d. Nov. 118. c. 2.* Et ſi quidem ex eadem ſunt linea, ſuccedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet repræſentatio, *d. c. 2. auth. defuncto. C. ad ſen. Tertyl.* ſin ex diverſa, tanquam in ſtirpes, ut ſemiſſem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, conſequantur, *d. c. 2.* Nec attenditur, unde bona, aut major bonorum pars defuncto obvenerit, à paterna linea, an à materna, per *d. c. 2. verſ. ſi autem. Gudelin. lib. 2. de jure noviſſ. c. 14. Fab. Cod. ſuo; lib. 6. tit. 33. defin. 2.* Quod ſi cum adſcendentibus inveniantur ſimul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non ſoli parentes ad hæreditatem admittuntur, ſed una cum horum proximis fratres & ſorores ſuperſtites: quæ ſucceſſio in capita eſt, & hoc ſingulare habet, quod nec uſusfructus portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in poteſtate ſunt, acquiratur, *d. c. 2. vers. ſi vero.* Poſtea cum parentibus & fratribus germanis admiſſi etiam eorum fratrum demortuorum filii in ſtirpes, data his portione, quam pater eorum ſuperſtes accepturus fuiſſet. *Nov. 127. cap. 1. auth. ceſſante C. de leg. hær.* Nepotes ex fratre non idem juris habent; neque fratres conſanguinei tantum cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. cap. 2. authent. defuncto C. ad Senatusconſult. Tertyll. ubi DD.* Sed nec fratrum germanorum filii ſoli cum parentibus ex *d. Nov. 127.* ſuccedunt; verum ita demum, ſi fratres concurrant. De parentibus illegitimis ſtatuendum ex ſucceſſione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex jure veteri & *l. penult. Cod. de adopt.*

De ſucceſſione lateralium.

1. Qui primi in hoc ordine: & qua ratione vocentur.

2. Utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in capita, an in ſtirpes, ſuccedant.

3. Qui ſecundo loco veniant: & utrum fratres conſanguinei & uterini concurrentes ex æquo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna, ſuccedant.

4. Qui qua ratione poſtremo loco vocentur.

TErtius ordo collaterales habet, qui omnes ex *d. Nov. 118. c. 3.* veniunt remoto diſcrimine ſexus, agnationis cognationisve. Hos inter primum locum obtinent fratres ſororesque germani ſeu ex u- 1
troque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure repræſentationis, ut tantum ferant quantum pater eorum habiturus fuiſſet: & quamvis ſoli ſint, præferuntur tamen defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, ſi vixiſſet, iisdem defuncti fratribus, & tam conſanguineis, quam uterinis præferendus fuiſſet, *d. c. 3. auth. itaque C. comm. de ſucceſſ.* Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres, qui tantum conſanguinei ſunt, idem jus habent, quod germani;

germani; & ad patruos æque, ac ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet; nec non ad avunculos æque, atque ad filios ſororum honoraria, *l. 1. §. pen. unde*
2 *cogn. vid. ſup. de legit. agn. ſucc. & de ſucceſſ. cogn.* Illud non ſatis expeditum eſt, num fratrum filii, quando ſoli exiſtunt, in ſtirpes, an vero in capita ex jure noviſſimo ſuccedere debeant. Accurſius cenſuit, etiam tunc in ſtirpes ſuccedere, Azo contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vid. apud *Forſter. 8. de ſucceſſ. ab int. c. 3. Fachin. 6. cont. 3.* Mihi ſemper probabilior viſa eſt Azonis ſententia: propterea quod juri veteri & conſtitutionibus quoque poſterioribus conſentanea eſt, *§. hoc etiam 4. ſup. de l. agn. ſucc. l. 2. § 2. de ſuis & leg. l. pen. & ult. §. 3. C. de leg. hær.* nec oſtendi poteſt, Juſtinianum quicquam, quod quidem ad hanc cauſam attinet, innovaſſe. Nam quod Accurſius, eumque ſecuti ajunt, conſtitutione Juſtiniani filios fratrum, jure repræſentationis vocari, atque ex eo ſic argumentantur; Qui jure repræſentationis ſuccedunt, illi non aliter ſuccedere poſſunt, quam in ſtirpes, cum non amplius poſſint accipere, quam is, cujus locum repræſentat, accepturus fuiſſet, *§. cum filius 6. ſup. de hær. quæ ab int.* At filii fratrum ſuccedunt jure repræſentationis, *d. c. 3. Nov. 118.* Ergo. Ad hoc reſpondeo, falſam eſſe iſtius argumentationis aſſumptionem, ſi in ſenſu diviſo, de quo quæritur, accipiatur, hoc eſt, quando fratrum filii ſoli ſuccedunt. Nam Juſtinianus in *d. c. 3.* eo tantum caſu jus repræſentationis filiis fratrum concedit, quando concurrunt cum patruis aut avunculis ſuis: quippe cum hoc caſu ex ſua perſona ſuccedere non poſſint; quoniam uno gradu remotiores ſunt fratribus defuncti, quibus ne injuria fieri videatur, jus repræſentationis introducendum fuit, ut in patris locum ſuccederent atque ex perſona ejus vocarentur: quod neceſſarium non eſt, cum ſoli reperiuntur, ut propria ex perſona ſuccedere poſſunt. Non obſtat exemplum nepotum, quos conſtat in ſtirpes ſemper ſuccedere, ſive ſuccedant cum patruis, ſive ſoli, quaſi poſt conſtitutionem Juſtiniani eadem plane eſſet ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum ſuorum locum in ſuccedendo perpetuo occupent. Nam hæ duæ ſpecies certo jure diſtinctæ ſunt. In linea recta deſcendentium nunquam proximitas ſpectatur, *d. §. cum filius & §. ult de hær. quæ ab int.* in linea collaterali perpetuo & ſola, *ſup. de leg. agn. ſucc. in pr. & in pr. de ſucc. cogn. l. 3. C. de legit. hær.* unde unum tantum caſum, eum quem diximus, excepit Juſtinianus. Atqui ajunt, fratris filii excludunt defuncti patruum, qui eodem gradu eſt, *d. c. 3.* hoc vero certum eſſe argumentum, eos non jure proximitatis, ſed repræſentationis, ſuccedere. Reſpondeo, excludunt & fratrem ex uno tantum latere defuncto conjunctum, qui uno gradu eſt proximior; nec tamen inde ſequitur, quod putavit Fachin. *d. loc.* eos hoc caſu ſuccedere jure repræſentationis; non magis quam ſi dicam, filius & filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu ſunt, ergo ſuccedunt jure repræſentationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto duntaxat, qui tamen eodem gradu eſt, non tamen jure repræſentationis. Quo igitur? Non alio, quam proximitatis; quia tertium non datur. Concludo igitur, fieri poſſe, ut aliqui pari gradu conſtituti jure proximitatis ſoli ſuccedant, excluſis iis, qui eodem gradu aut etiam proximiore ſunt, ſi illorum jus ſit potius, ut ex conſtitutione Juſtiniani eſt jus filiorum fratrum, tanquam deſcendentium, quam patruorum aut avunculorum, qui inſtar ſunt adſcendentium: & jus plenorum ſive germanorum fratrum, & horum item filiorum, propter duplex ſanguinis vinculum, quam conſanguineorum tantum aut uterinorum *Nov 84. c. 1. §. 1.* Nec dicat quis hoc jure poſito magnam liberis fratrum inferri injuriam, ſi forte unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti caſus par in utramque partem ratio eſt, neuter lædi videtur, *l. ſi pater. 12. C. de inoff teſt.* Azonis ſententia conſtitutione Caroli Quinti in comitiis Spirenſibus confirmata eſt, anno 1529. probataque & Gallicanis Parlamentis, *Papon. lib. 21. tit. 1. arreſt. 11. & 12. Maynard. lib. 6. deciſ 92. num. 3 Coſtal. in l. 1. § ultim. ſi pars hær. pet.* & pleriſque aliis ſupremæ juriſdictionis curiis. *Teſſaur. deciſ. 162. Ant. Fab. Cod ſuo, tit. de legit. hær. defin. 1. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 194.* Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum poſtes dum ſingula *d. cap 3. Nov. 118.* enucleatius ex animo, veteri cœpi, ne non ſatis ex mente & ſententia Juſtiniani. Sane verbis *d. cap. 3.* Azonis opinio minus convenire mihi viſa, niſi cum Fachin. *d. loc.* eam ſic limitemus, ut eo duntaxat caſu procedat, quo fratrum filii ex propria perſona veniunt: non autem quando vocantur ad excluſionem aliorum, qui alias aut cum iis concurrerent, aut eos ipſos excluderent: de quo nos opulentius *lib. 1. ſelect. quæſt. c. 30.* Poſt fratres germanos eorumq; demortuorum filios admittuntur fratres conſanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in ſtirpes, *d. Nov. 118. c. 3. auth. poſt fratres C. de leg. hær.* Atque hos ex æquo ſuccedere in omnia fratris defuncti bona, ſive ea paterna ſint, ſive materna, ſive quæſita aliunde, magna cauſa eſt cur exiſtimem; licet DD. comm. contra ſentiant, & conſanguineis paterna, uterinis materna aſſignent, aliunde quæſita demum æqualiter cenſeant diſtribuenda: uti & *Forſter. lib. 8. cap. 8. Gomez. ad l. Tauri 8. num. 8. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 15.* Nam primum bona cujuſque unde-

cumque profecta unum & ſimplex patrimonium ejus conſtituunt, atque ex vera ratione juris ſucceſſio fit in bona univerſa, æqualique jure ſuccedentes æqualiter defunctum repræſentant: qua eadem ratione pleriique defendunt, parentes liberis ſuis, remota quæſtione unde bona obvenerint, ſuccedere. *Forſter. l. 7. cap. 2. num. 6. & ſeqq. Fachin. 6. cont. 4. Covarr. epit. de ſucceſſ. ab inteſt. num. 3.* Deinde Juſtinianus primo utrinque conjunctos ſimpliciter præfert conjunctis ex uno latere, ac mox poſt illos etiam hos indiſtincte vocat. Quod ſi cauſa & origo bonorum ſpectaretur, vide quæ huic rei ſint conſequentia. Unum eſt, ut conſanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna, uterini cum iiſdem ad bona materna. Secundum, ut admittantur, & multo magis, cum eadem diſtinctione bonorum, conſanguinei & uterini cum fratrum germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ v. c à communi patre provenerunt, nihil operari poteſt aut debet concurrens in altero fratrum defuncti à matre cognatio, aut efficere, ut is ob eam cauſam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, ſi, unde bona obvenerint, non jus ſuccedentium, conſideremus: quemadmodum in feudis conſtat conſanguineos à germanis non excludi. *Alvorat. in tit. de ſucceſſ. frat. §. in his vero lib. 2. Feud. tit. 11. Curt. tract. de feud. part. 3. n. 56.* Denique ſi defunctus nulla bona materna habeat, ſed paterna duntaxat, uterinum hac ratione frater conſanguineus in totum ſubmovebit. Quæ quidem omnia & cum verbis & cum mente Juſtiniani in *d. c. 3. Nov. 118.* pugnare videntur, conſanguineos & uterinos ſimpliciter & pari jure ad ſucceſſionem inteſtati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in *l. de emancipatis 13. §. 2. C. de legit. hær. & Nov. 84. c. 1. §. 2.* Sed veriſſimum eſt, minimeque obſcurum, quod etiam D. Gothofr. ad *d. l. 13.* notat, textus iſtos per hanc Novellam noſtram abrogatos eſſe: quippe in quibus pater fratribus omnibus poſtponitur; nec tamen alio caſu, quam cum pater adhuc vivit, & uſumfructum conſequitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ à matre profecta ſunt, conſanguineis præferuntur. Poſtremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione juncti. Quo autem quiſque proximior eſt, ita alterum excludit. Si plures ſint ejuſdem gradus, in capita familiam dividunt, *d. Nov. c. 3. in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda ſunt. Unum eſt, quod qualitas duplicis conjunctionis ſive plenioris ſanguinis non conſideratur ultra fratres eorumque filios: alterum quod jus repræſentationis in hoc ordine fratrum filii terminant. De ſucceſſione lateralium illegitimorum plene diximus ſub *§. pen. de ſucceſſ. cognat.* De lateralibus adoptivis ad *§. 2. de legit. agn. ſucceſſ.*

Forma ſuccedendi ab inteſtato apud Hollandos & Weſtfriſios.

1. *Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa ſucceſſionem ab inteſtato uſi.*
2. *Succeſſio Scabinica qualis, & quo fundamento nitatur.*
3. *Iuris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure ſucceſſio.*
4. *Ius uniforme introductum conſtitutione polit. an. 1580. ſed ab eo receſſum an. 1599. ut jam iterum duplex apud nos ſit ſuccedendi ratio.*
5. *Communia utriusque juris in ſucceſſione deſcendentium & adſcendentium.*
6. *Vno ex parentibus defuncti, liberos non relinquentis, mortuo, quid juris apud meridionales, ubi viget conſtitutio politica.*
7. *Quæ circa ſucceſſionem collateralium juxta d. conſtitutionem in univerſum tenenda.*
8. *Notatur inſignis differentia inter jus Rom. & hoc noſtrum, circa jus repræſentationis in linea transverſa.*
9. *Quid ſi nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent: & quid ſi aliquid d. conſtitutione omiſſum, ex quo jure de eo ſtatuendum.*
10. *Forma ſuccedendi apud Septentrionales & Weſtfriſios ex placito de ſucceſſ. ab inteſt. Edito anno 1599. ſi defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantum parentem ſuperſtitem habeat.*
11. *Deciſio controverſiæ cujusdam ortæ ex verbis finalib. art. 3. d. plac.*
12. *Quomodo ſucceſſio collateralium juxta d. placit. procedat.*
13. *Quando avus & avia, fratrum pronepotes & deinceps, & quam in partem ſinguli vocentur.*
14. *Quando & quomodo patrui, avunculi, & his deficientibus cæteri.*
15. *Quomodo diviſio fiat, ſi cum fratrum filii nepotes ex fratre concurrant.*
16. *Diſcrimen bonorum in nulla harum ſucceſſionum attendi.*
17. *Quod d. placito definitum non eſt, ad cujus juris normam id exigendum.*
18. *Quando & quibus in bonis prædictæ conſtitutiones non obtinent.*

IN his regionibus duplex ratio ſuccedendi ab inteſtato, eaque toto inter ſe cœlo diſtans, uſurpata quondam fuit; una ex jure Zelandico, quod noſtri *Scabinicum* appellant; altera ex veteri jure Friſiorum, quod *Æsdomicum* ſive *Aſingicum* dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, 1

quæ

quæ ſcilicet Rheno & Moſa fluminibus concluditur, cujusque caput eſt Dordracum : hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yſſalam ad Aquilonem poſitis uſitatum erat, videlicet in Noordhollandia, Kennemerlandia, Weſtfriſia, atque in tota etiam Rhynlandia, licet magna hujus territorii pars cis Rhenum ſita ſit ad Africum. Cæterum Hagacomitatenſes & Roterodamenſes, quamvis ad plagam Yſſalæ ſeptentrionalē poſiti, Scabinico jure uſi ſunt.
2 Juris Scabinici ſeu ſucceſſionis Zelandicæ hoc fundamentum fuit *'t Goedt moet gaen van daer 't gekomen is.* Hoc eſt, bona ei redire debent, unde profecta ſunt : quod tamen ſic acceptum, ut liberi ſemper in locum parentum veniant una manu, ut ſcilicet non plus omnes accipiant ſimul, quam parens eorum habiturus fuiſſet. Hoc principio poſito, graduum aut proximitatis ratio non magnopere habenda fuit, ſed potius ſpectandum, unde bona ad defunctum per ſucceſſionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc eſt, quod ſi liberi non extarent, prima in ſucceſſione cauſa, utriusque ſimul parentis erat ; nimirum quia bona defuncti ab iis profecta cenſebantur, non quod primo eſſent gradu. Itendidem eſt, quod altero parente mortuo, nec ſuperſtes, nec fratres, nec ulli alii per eum defuncto juncti ad hæreditatem partemve ullam hæreditatis admittebantur, ſed cognati parentis præmortui, etiamſi remotioris eſſent gradus. Hinc item eſt, quod utroque parente mortuo fratres germani in concurſu cum conſanguineis & uterinis, aut horum alterutris, duplici diviſione utebantur. Ne plura commemorem, verum juris Scabinici ſchema nobis exhibet conſtitutio politica edita anno 1580. excepto, quod infinitam collateralium repræſentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios reſtringit. Jus Æsdomicū contrario fundamen-
3 to nititur, hoc nimirum, *'t Maeſte bloedt beurd het goedt:* id eſt, proximus ſanguine, proximus ſucceſſione : ita tamen ut hoc jure nihilominus deſcendentium cauſa potior eſſet, quam adſcendentium, atque adſcendentium, quam lateralium. Cum ergo in unoquoque ordine ſolam hic proximitatem & gradum ſpectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine repræſentationi locus eſſet, ſed filii excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, conſanguinitatis aut uterinitatis haberetur ratio : ut patrui & avunculi, amitæ & materteræ cum fratrum & ſororum filiis in capita ſuccederent, denique collaterales omnes, utti quisq; gradu eſſet proximus. Plura qui hic noſſe deſiderat, adeat *D. Neoſtad. de pact. antenupt. obſ. 2. D. Grot. lib. 2. manuduct. ad Iurispr. Batav. cap. 28. Iohann. Arn. Corvin. in erot. ſubj. tit. lib. 3. inſtit.* Ex duobus his tam diſſimilibus ac difformibus ſuccedendi modis tandem jus ſimplex atque uniforme conflatum eſt, quod ſine diſtinctione in locis omnibus hujus provinciæ ſervaretur. Id effectum AA. Ordinum conſtitutione politica, anno 1580. Cæterum 4
cum ea conſtitutio propemodum in omnibus partibus ſequeretur jus Scabinicum, illi autem, qui juri Æsdomico aſſueti erant, exceptis paucis, mediis Rhenum inter Yſſalam, adduci ſe non paterentur, ut à jure majorum, præſertim quatenus parentibus, favebat, tam longe, quantum d. conſtitutio, recederent, conceſſum poſtea eſt his querentibus jus ſpeciale, ex Æsdomico & Scabinico mixtum ac temperatum : quod factum anno 1599. conſtitutione ſive placito de ſucceſſ. ab inteſtato : in cujus placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus petentibus hoc jus indultum eſt. Ex quo tempore iterum diverſo jure in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato uti cœpimus; alio in oppidis & agris Hollandiæ meridionalis; alio in Noorthollandia & Weſtfriſia, illic eo, quod in commune ſancitum eſt anno 1580. hic illo temperato, quod ſpecialiter conſtitutum anno 1599. præterquam in pagis quibusdam & vicis, iis nimirum, quos nominatim hæc conſtitutio excipit.

Utroque jure in ſucceſſione ab inteſtato prima 5
cauſa eſt liberorum, in qua ſucceſſione gradus non quæritur, ſed cum liberis primi gradus ſuccedunt & liberi gradus ſecundi aut inferiorum jure repræſentationis ſeu in ſtirpes, ut tantam portionem accipiant, quantam parens eorum laturus fuiſſet, *art. 20. conſt. polit. art. 1. placit. de ſucceſſ. ab inteſt.* in quo nihil diſſonum à jure Romano, uti neque in eo, quod liberi, qui aliquid à parentibus acceperunt extra cauſam ſimplicis donationis, veluti ad ſubſidium matrimonii, ad mercaturam, aliamve negotiationem exercendam promovendamve, id fratribus conſortibus in diviſione hæreditatis conferre debent, *art. 29. d. conſtit. pol. l. pen. §. 1. C. de collat.* Igitur quod deſcendentes attinet, uno communi jure per totam Hollandiam & Weſtfriſiam utimur, ſcripto Romanorum per omnia conſentaneo. Illud quoq; in commune ſtatutū & receptum eſt, ut deficientibus liberis defuncti, ſi uterqueparens primi gradus, ſive pater & mater adhuc vivant, hi ſoli ad univerſam liberorum ſuorum ſucceſſionem veniant, & fratres quantumvis germanos eorumque filios excludant, quos ſimul admittit Juſtinianus, *art. 21. d. conſtit. & art. 2. d. placit.* Altero vero parente mortuo jus variat. In omni autem ſucceſſione, ſi forte brevitatis cauſa maſculorum tantum mentionem faciemus, memento, me eorum appellatione etiam fœminas cognatas complecti. In Hollandia meridionali, ubi antea 6
mero jure Scabinico ſeu Zelandico utebantur, recepta eſt in omnibus partibus d. conſtitutio politica an. 1580. qua conſtitutione, quantum attinet caſum pro-

Poſitum, cautum eſt, ut altero è parentibus defuncti, de cujus ſucceſſione agitur, mortuo, parens ſuperſtes à ſucceſſione excluderetur, nequis alius deſcendentium, rupto morte unius è conjugibus thoro, ad liberorum ſuorum ſucceſſionem venire poſſit, *art. 22. & 26. de conſt. polit.* Uti ſi in cognatione paterna vel materna aut utraque reperirentur, avus & avia ambo adhuc ſuperſtites, hi defuncti thiis ex eodem latere, eorumque liberis præferantur, *art. 25. d. conſtit.*

De ſucceſſione collateralium juxta *d. conſtit. pol.* hæc ante omnia & in univerſum tenenda ſunt.
7 Primum uno ex primi gradus parentibus defuncti, qui liberos non reliquit, mortuo, ſicut parens ſuperſtes aliique per hunc parentem adſcendentes, à ſucceſſione removentur, ita nec ullos laterales per eundem parentem ſuperſtitem defuncto conjunctos ad ſucceſſionem ejus vel in totum vel ex parte venire poſſe. Secundo mortuo utroque parente, hæreditatem tunc dividi in duas æquales partes, quarum alteram paterni, alteram materni ferant; nec conſiderari, utrum à parte patris, an à parte matris major pars bonorum abvenerit. Tertio uno duntaxat parentum mortuo, totam hæreditatem ad eos ſolos pervenire, qui ei, de cujus ſucceſſione agitur, per illum parentem mortuum conjuncti ſunt. Quarto hinc eſſe, quod mortuo patre & matre fratres & ſorores conſanguinei, cæterique collaterales ex uno tantum latere defuncto conjuncti, admittantur ſolum dimidiata ſeu ſemiplena manu, ita ut ex utroque latere conjuncti primo ſemiſſem totorum bonorum ſibi vindicent: deinde alter ſemis inter eoſdem & ex uno latere conjunctos dividatur; qui iiſdem contra, uno ex parentibus mortuo, plena manu veniunt, ſi defuncto conjuncti ſint per parentem demortuum. Hæc ita comprehenſa ſunt declaratione ſuper ordinat. de ſucceſſ. edita anno 1594. Poſtremo & illud ſciendum, quanquam hoc nunc per totam Hollandiam obſervatur, jus repræſentationis (quod eſt vetus jus Scabinicum) porrigi tantum in linea transverſali ad fratrum & ſororum nepotes, & patruorum atque avunculorum filios incluſive. Ubi
8 notanda inſignis inter jus Romanum & hoc noſtrum differentia. Nam jure Romano in linea collaterali ſoli jus repræſentationis habent fratrum filii, noſtro etiam fratrum nepotes, & patruorum atque avunculorum filii. Fratrumque præmortuorum filii & nepotes etiam tunc cum ſoli ſunt, non in capita, ſed in ſtirpes jure repræſentationis ſuccedunt. Inter cæteros autem laterales jus Æsdomicum ſervari, quo jure qui gradu proximior eſt, ulteriorem excludit, paresque gradu in capita ſuccedunt, *art. 28 d. conſtit. pol.* Quod autem apud Roterodamenſes duobus gradibus ulterius, quam dictum eſt, jus repræſentationis extenditur, ex ſpeciali conceſſione eſt. Igitur vel utroque parente vel altero deficiente, fratribus & ſororibus, & jure repræſentationis filiis eorum ac nepotibus, defertur hæreditas; ut tamen in familia erciſcunda, quod ad fratres & deinceps ex uno latere conjunctos attinet, ſervetur illud diſcrimen, cujus modo mentio facta, *art. 22. & ſeq. de conſtit. pol.* Si 9
nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent, tum hæreditas, uti dictum eſt, in duas partes ſecatur, quarum unam laterales paterni accipiunt, alteram materni, *art. 27. d. conſtit.* Quod ſi contingat, adhuc avum & aviam ſimul, ſive paternos ſive maternos, in vivis eſſe, hi ſoli in eo latere, in quo reperiuntur, hæredes erunt. Sed avo atque avia aut alterutro eorum mortuo, ſuccedunt patrui & avunculi, & jure repræſentationis ſive in ſtirpes etiam eorum filii. In cæteris & remotioribus gradibus jus Æsdomicum ſervari placet, hoc excepto, quod fratrum pronepotes & deinceps, quamvis quinto aut ulteriore gradu ſint, tamen in ſucceſſione præferantur avo, aviæ, & qui ſupra hos ſunt adſcendentibus: item patruis, avunculis, eorumque liberis. Cæterum in capita, non in ſtirpes hæreditatem partiuntur, ut jam dictum eſt. Si quid inciderit, quod non ſatis expreſſe per *d. conſtit. pol.* deciſum videri poſſit, de eo non ex jure Romano, quod nominatim d. conſtitut o abrogat *art. 19.* ſed ſecundum præcedentia theoremata, & porro ex jure Scabinico in locis, in quibus hoc uſurpatum fuit, ſtatuendum erit.

Apud Hollandos autem ſeptentrionales & Weſt- 10
friſios, qui ante ſimplici jure Æsdomico utebantur, hæc porro forma ſuccedendi ex placito de ſucceſſ. ab inteſt. anno 1599. ſervatur. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus ſucceſſione quæritur, & qui nec liberos reliquit, parens ſuperſtes una cum fratribus defuncti, & fratrum filiis ac nepotibus, per repræſentationem ad inteſtati ſucceſſionem admittuntur, *art. 3. de plac. de ſucceſſ. ab int.* Cumque jure Romano parentes cum fratribus defuncti vocentur in capita, *d. Nov. 118. c. 2.* his parens ſuperſtes in ſemiſſem hæreditatis venit, alter ſemis inter cæteros dividitur. Cæterū hic etiam cum parente ſuperſtite admittuntur fratres ex uno latere, modo per parentem præmortuum, defuncto conjuncti, eorumque filii & nepotes; cum jure Romanorum ſoli concurrant fratres germani eorumque filii, non etiam nepotes, ut ſupra demonſtratū. Quod ſi defun- 11
ctus nullos fratres per parentem prædefunctum conjunctos habeat, tunc ad ſolū parentem ſuperſtitem tota ſucceſſio pertinet, etiamſi prædictorum fratrum liberi ſuperſint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per parentem ſuperſtitem duntaxat. Quod deficientibus fratribus germanis nihilominus cum parente ſuperſtite admitti dicimus fratres ex uno parente

con-

conjunctos, cum ex præmortuo, id quidem verbis finalibus *d. art. 3. placit. de ſucc. ab int.* parum convenire videtur: ſed tamen lite ſuper ea re exorta inter patrem ſuperſtitem & fratrem defuncti ex præmortua matre, Curia provincialis ſecundum fratrem pronunciavit; & appellatione quoque deinde interpoſita, ſententia Curiæ à ſupremo Senatu approbata eſt, *D. Coren. obſ. rer. à ſup. Sen. jud. 29.* Cæteri adſcendentes demum poſt fratres eorumque filios & nepotes, uti quiſque proximior eſt, vocantur, idque in capita, *art. 7. de plac. de ſucc. ab inteſt.* Enimvero ſi defunctus non alios fratres aut fratrum filios nepotesve reliquerit, quam ex uno tantum latere conjunctos, & ex altero latere avum aut aviam, aut his etiam remotiores adſcendentes ſuperſtites habeat, hoc caſu placet prædictos fratres, eorumque filios & nepotes jure repræſentationis ſuccedere in unum ſemiſſem tantum: alter ſemis proximo memoratorum adſcendentium attribuitur, ſi plures ſint ejusdem gradus, viritim diſtribuendus, *art. 6 d. placit.*

12 Collateralium autem ſucceſſio ſic ſecundum *d. plac.* procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extent, fratres fratrumque filii & nepotes (qui hic etiam cum altero parente ſuperſtite ſuccedunt eo, quo ſupra diximus, modo) ad univerſa defuncti bona veniunt, videlicet fratrum filii & nepotes jure repræſentationis, *art. 4. de ſucc. ab inteſt.* Fratres germani eorumque filii & nepotes in concurſu cum conſanguineis & uterinis, gemina diviſione, hinc conſanguineis, illinc uterinis eorumque filiis & nepotibus, partem auferunt, *d. art. 4.* Quod ſi vel conſanguinei tantum, vel tantum uterini, eorumve filii aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus concurrant, tum duo ſemiſſes fiunt, quorum alter inter fratres vel conſanguineos vel uterinos, eorumve filios vel nepotes, & fratres germanos eorumve item filios aut nepotes, dividitur; alterum ſoli ſibi habent germani eorumque liberi quos diximus, utpote qui ex hoc latere nullos alios cohæredes habent, *d. art. 4.* Si fratres germani eorumque liberi primi & ſecundi gradus deficiant; extent autem fratres conſanguinei & ſimul uterini, aut item utrinq; horum filii aut nepotes; hoc caſu bona in duas æquales partes dividuntur; quarum una diſtribuitur conſanguineis, & filiis eorum ac nepotibus in ſtirpes; altera uterinis eorumque item filiis ac nepotibus ſimili modo in ſtirpes. Quod ſi fratres, fratrum filii, aut filiorum filii, qui ſuperſunt, omnes ex uno duntaxat latere defuncto conjuncti ſint, tum hi fratres, ſive conſanguinei ſive uterini, eorumque filii & nepotes: per repræſentationem in univerſa defuncti bona ſuccedunt: niſi forte avus aviave, aut ſupra hos alii adſcendentes (defuncto per alterum latus juncti) ſuperſint; quo caſu placet memoratos fratres, ſive conſanguineos ſive uterinos, eorumque filios & nepotes, jure repræſentationis admitti in ſemiſſem hæreditatis duntaxat: in alterum ſemiſſem prædictos avum & aviam aviosve adſcendentes pro virilibus portionibus venire, *art. 6. d. placit.* Poſt fratres omnes eorumque filios ac nepotes ad univerſam ſucceſſionem defuncti vocantur avus, avia & cæteri adſcendentes jure proximitatis atque in capita: quod etiam locum habet, etſi ab una parte avus & avia, ab altera alter tantum ſuperſit: atque ita porro in remotioribus adſcendentibus pari gradu defuncto conjunctis, *d. placit. art. 7.* 13

Adſcendentibus quoque cunctis deficientibus, tum proximi deſcendentes ex fratrum liberis ſecundi gradus, pronepotes fratrum ſcilicet & deinceps, qui quinto gradu aut ulteriore ſunt, ad omnia bona defuncti veniunt, excluſis cunctis cæteris collateralibus. Succedunt autem non in ſtirpes, ſed in capita; nec quæritur, utrum progeniti ſint ex defuncti fratribus germanis, an conſanguineis uterinisve, *art. 8. ad placit.* Ac tametſi qualitas duplici conjunctionis jure Romano ultra fratres eorumque liberos primi gradus non attenditur, hoc noſtro tamen jure finitur demum in fratrum liberis gradus ſecundi. Poſt hos vocantur patrui & avunculi in capita, eorumque liberi primi gradus ex repræſentatione, ſucceduntque in omnia defuncti bona, ſine inquiſitione, utrum patrui aut avunculi per utrumque parentem patri defuncti juncti ſint, an per alterum duntaxat, *art. 9. d. plac.* Si nec patrui nec avunculi extabunt, ſoli ſanguine proximi ad hæreditatem in capita veniunt, nullo item diſcrimine habito, utrum cognatio procedat à fratribus utrinque, an ex uno latere duntaxat conjunctis. Et convenienter patrui magni & avunculi magni cum conſobrinis æqualiter ſuccedunt *art. 10.* In ſucceſſione collateralium repræſentationi locus non eſt, quando omnes, qui ad ſucceſſionem vocantur, eodem aut pari gradu cognationis defunctum contingunt, *art. 11. d. plac.* Cæterum ſi defunctus non alios propiores cognatos reliquerit, quam fratrum filios, & cum his item nepotem nepotesve alterius fratris, filio etiam hujus præmortuo, hoc caſu fratrum filii ſuccedunt in capita, nepotes fratris in ſtirpes ſeu jure repræſentationis, *art. 12.* Porro nulla in ſucceſſione in locis commemoratis, ubi viget *d. plac. de ſucc. ab int.* attenditur, unde aut à qua parte bona profecta ſint, neque utrum ſint hæreditaria, an ex quæſtu aut aliunde obvenerint, *art. de plac 13.* Poſtremo ſi quid incidens videri poſſit, *d. conſtit. de ſucc. ab inteſt.* non ſatis evidenter definitum, id non ad normam juris Æsdomici Scabinicive, aut conſtitutionis politicæ, (quippe quæ, quod ad ſucceſſiones ab inteſtato in prædictis locis attinet, ſublata eſt) ſed ad rationem juris ſcripti Romanorum

14 15 16 17

norum dirigendum erit, uti nominatim cautum *art.*
18 *14. d. conſtit. de ſucc. ab int.* Illud etiam ſciendum eſt, prædictas conſtitutiones DD. Ordinum non alias locum habere, quam ſi teſtamentis, pactis antenuptialibus, aliisve modis, expreſſis *art. 19. & 29. conſt. polit.* aliter cautum non probetur. Succeſſionibus quoque feudalibus nihil iſtis conſtitutionibus derogatum eſt: proinde in feudis antiqua & propria naturа ſuccedendi etiam nunc ſequenda erit, de qua tractatum ſcripſit D. Neoſtadius piæ memoriæ, ſupremæ apud nos Curiæ quondam Senator, *add. D. Hug. Grot. introduct. ad Iuriſpr. Batav. lib. 2. c. 41.*

TITULUS. VI.
D. lib. 38. t. 10.
De gradibus cognationum.

TEXTUS.
Continuatio, & Cognationis diviſio.

Hoc loco neceſſarium eſt exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi ſumus, cognationem aliam ſupra numerari, aliam infra, aliam ex transverſo, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio eſt parentum: inferior liberorum: ex transverſo fratrum ſororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et ſuperior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverſo numeratur, à ſecundo.

COMMENTARIUS.

1. *Cauſa, ob quas cognationum gradus noſſe oporteat: & cur ſeriem generationum, gradus Iuriſconſulti vocitent.*
2. *Quâ ſerie gradus numerentur tum in cognationis lineâ rectâ, tum in laterali.*

1 NOn unam ob cauſam Juriſconſultus cognationis gradus noſſe debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire conſueverunt, & edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum poſſeſſionem, *l. ult. in pr. de grad. & affin.* & jure noviſſimo ab inteſtato tam ad hæreditatem, quam ad tutelam cognati omnes, id eſt, non tantum agnati, ſed etiam cæteri cognati, ſervata gradus prærogativa, vocantur, *Nov. 118. c. 4. & 5.* Præterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos inviti teſtimonium dicere non cogimur, *l. 4. de teſt. d. l. ult. de grad. & affin.* Sed & propter nuptias diſtinctio graduum cognationis cognoſcenda eſt, maxime poſt jus Canonicum, quod hic diverſa à jure civili dinumeratione uti cœpit: quam differentiam, eo quod in cauſis matrimonialibus duntaxat etiam in foro Eccleſiaſtico ſervatur, ſupra expoſui ad §. *4. de nupt.* Primus autem & potiſſimus hujus diſputationis uſus jure civili in hæreditatibus cernitur: atque ob hanc cauſam ait Imperator, neceſſarium eſſe hoc loco exponere, quomodo gradus cognationum numerentur. Itaque propoſita primum diviſione cognationis reſpectu linearum, in quibus gradus collocantur, gradus ipſos deinde ſpecialiter enumerat, eorumdemque numerandorum rationem hoc titulo oſtendit, Gradus Juriſconſulti μεταφορικῶς vocant ipſam generationum ſeriem, quod alii ab aliis, quaſi gradibus quibusdam oriantur. Gradus, inquit Paulus dicti ſunt à ſimilitudine ſcalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id eſt in eum, qui quaſi ex eo naſcitur, tranſeamus, *d. l. ult. §. gradus 10. de grad. & affin.*

Aliam ſupra, aliam infra, aliam ex transverſo] Linea graduum cognationis duplex eſt; una recta & perpendicularis, altera transverſa ſive lateralis: illa vel eſt ſuperior, in qua ſunt parentes, id eſt, omnes adſcendentes; vel inferior, in qua liberi, id eſt, deſcendentes: hæc eorum eſt, qui ex latere veniunt, fratrum ſcilicet & ſororum, & qui ex his generantur, item patruorum &c. Eſtque vel æqualis, in qua latera utrinque coeunt, quæ ſcilicet eorum eſt, qui pari gradu diſtant à communi parente: vel inæqualis, cum alter eſt remotior, ut patruus & fratris filius. Recta linea & ſurſum & deorſum initium capit à primo gradu: transverſa autem incipit à gradu 2
ſecundo, *l. 1. §. l. στέμματα. de grad. & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium; filius recta generatur à patre: & ita deinceps adſcendendo aut deſcendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi, quot ſunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit, quam de cujus hæreditate agitur puta fratris ex patre aut matre, patrui & avunculi ex avo & avia: nam frater, verbi cauſa, à fratre non generatur, ſed ut ortus utriusque auctor eſt communis parens, ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus ſemper numerentur per generationes, id tamen in cognatione laterali fit ſerie nonnihil diverſa. Etenim

cum à latere ad latus proveniri non poſſit, niſi per eum tranſeas, à quo veluti communi limite utrumque latus deſcendit, neceſſe eſt primum ut ab eo, de cujus cognatione quæritur, ad communem cognationis auctorem, *ἐπὶ τὸ τῆς συγγενείας αἴτιον πρόσωπον*, ut Theoph. *de legit. agn. ſucc. in princ.* ſurſum progrediare, & inde rurſus deorſum ad alterum; de quo & ipſo quæritur. Quamobrem ſi quæratur, frater quoto gradu à fratre diſtet, primum ab uno fratre adſcendendum eſt ad caput utriusque, patrem ſcilicet; deinde deſcendendum ad alterum fratrem, & comperiemus fratres duobus gradibus inter ſe diſtare: ut ecce, ego genitus à patre meo; hic habes unum gradum. Id. pater meus genuit Titium fratrem meum; hic habes alterum. Pari ratione, ſi quæras quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus ſit, adſcende primum ad avum veſtræ cognationis communem limitem: deinde iterum deſcende ad ejus filium qui eſt patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus eſt: eadem tamen proportio ſervatur: numera enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hæc eſt perſpicua, germana, ipſique naturæ prorſus conſentanea graduum numeratio.

TEXTUS.

De 1. 2. & 3. gradu.

1. Primo gradu eſt ſupra pater, mater: infra filius, filia. 2. Secundo gradu ſupra avus, avia: infra nepos, neptis: ex tranſverſo frater, ſoror. 3. Tertio gradu ſupra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex tranſverſo fratris ſororisque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus eſt patris frater, qui Græcis πατράδελφος *appellatur. Avunculus eſt frater matris, qui Græce* μητράδελφος *dicitur, & uterque promiſcue* θεῖος *appellatur. Amita eſt patris ſoror, quæ Græce* πατραδέλφη *appellatur, Matertera vero matris ſoror, quæ Græce* μητραδέλφη *dicitur: & utraque promiſcue* θεῖα *appellatur.*

COMMENTARIUS.

IN his §§. nihil eſt quod interpretem deſideret. Nomina Græca, quæ hic addita, non ſunt apud Gajum *l. 1. §. 3. & 2. ſeqq. de grad. & affin.* & quædam etiam deſunt, quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro *πατράδελφος* & *μητράδελφος* apud Cujac. Hotoman. Cont. Weſemb. legitur *πατρῶς μητρῶος*, quomodo & Theophilus habet. Illa autem *πατραδέλφη* & *μητραδέλφη* non agnoſcunt: nec ſatis Græca ſunt: quoniam Græci non ſolent compoſita efferre terminatione fœminina: & diſerte Pollux in *ὀνομαστικῷ* ſcribit, *τὸν πατρὸς ἀδελφὸν πατράδελφον τὸν δὲ μητρὸς μητράδελφον* appellari, Θεῖος & θεῖα communia nomina eſſe conſtat, quibus promiſcue fratres & ſorores tam patris quam matris appellantur. In calce §. 3. Inter θεῖα & *appellatur*, in nonnullis editionibus interpoſitum eſt, *qua etiam τιτθὶς*, quod interſerit etiam Theophilus, quamvis fortaſſis de ſuo, ut paraphraſtes. Plane Polluci *τιτθὶς* eſt *ἡ μητράδελφος* Heſychio & Suidæ θεῖα, tam patris quam matris ſoror, ſed apud nos legitur Τηθὶς. Fratris ſororisque filii & filiæ ſpeciale cognationis nomen apud Romanos non habent, *l. ult. §. tertio 14. de grad. & affin.* Apud Græcos habent & eleganter fratris filius *ἀδελφιδοῦς*, filia fratris *ἀδελφιδῆ* vocatur. Eraſmus & Valla *ἀδελφιδοῦς* patrueles vertunt: quo nomine recte notantur à D. Giphanio. Æacus Plutonis *ἀδελφιδοῦς* apud Lucianum, Jovis & Æginæ filius. Fratruelis. Gloſſ. gr. lat. *ἀδελφιδοῦς*, fratruelis, fratris filius, vel fraternus.

TEXTUS.

Quartus gradus.

4. Quarto gradu ſupra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex tranſverſo fratris ſororisque nepos neptisve: & convenienter patruus magnus, amita magna, id eſt, avi frater & ſoror: item avunculus magnus & matertera magna, id eſt, aviæ frater & ſoror: conſobrinus, conſobrina, id eſt, qui quæve ex ſororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte conſobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus ſororibus progenerantur, quaſi conſororinos: eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, protrie fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ naſcuntur, ſorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & ſorore progenerantur, amitinos proprie dici

dici putant. Amitæ tuæ filii conſobrinum te appellant, tu illos amitinos.

NOTA.

4. Quidam recte consobrinos, &c.] Qui quæve ex duobus fratribus nati natæve ſunt, fratres & ſorores patrueles proprie appellantur; qui quæve ex duabus ſororibus, conſobrini conſobrinæque, quaſi conſororini; qui quæve ex fratre & ſorore, amitini & amitinæ, *l. 1. §. 6. l. ult. §. 15. h. tit.* ubi tamen JCti teſtantur hos omnes à pleriſque communi appellatione conſobrinos vocari.

COMMENTARIUS.

HÆc quoque ſunt perſpicua quoad rem ipſam. Illud tantum notandum, quod tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duabus ſororibus, item qui ex fratre & ſorore nati ſunt, propriis quidem nominibus diſtinguuntur, ſed quorum pleriſque vulgo promiſcue utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve ſunt, fratres & ſorores patrueles proprie appellari; qui quæve ex duabus ſororibus, conſobrinos conſobrinaſque, quaſi conſororinos; qui quæve ex fratre & ſorore, amitinos & amitinas dici tradunt Gajus *l. 1. §. quarto. 6.* & Paul. *l. ult §. quarto 15. de grad. & affin.* Ubi tamen hos omnes à pleriſque uno communi nomine conſobrinos vocari teſtantur: quemadmodum apud Belgas quoque hi omnes dicuntur *Suſterlingen*, quod reſpondet τῷ *conſobrini.* Et quamvis amitini nunquam inter ſe duo ſint, quoniam qui alteri amitinus eſt, is ab eo conſobrinus nominatur, ut in *fin. hujus* §. etiam Juſtinianus indicat: tamen ex ſorore & fratre natos mutuo amitinos quoque dici ſignificant. Ex quo hoc etiam apparet, conſobrinorum nomen non poſſe reſtringi ad ſolos duarum ſororum liberos: nam avunculi filium non alio nomine proprie appellare poſſum, quam conſobrini. In lege Pompeja de parricidiis appellatione patruelium videntur ſignificari fratres & ſorores conſanguinei, matruelium uterini, *l 1. de parricid.* nec enim potes illo loco patruelem & matruelem conſobrinos interpretari cum Bachovio; tum quia non debent conſobrini præponi patruo & avunculo; tum etiam, quia eodem loco poſt patruum & avunculum collocantur conſobrinus & conſobrina, ut bene obſervavit D. Cujac. *6. obſ 17.* ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ὁμοπάτριον, fratrem ſororemque conſanguineos, matruelem ὁμομήτριον, fratrem ſororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti ſunt, fratres patrueles recte appellabimus, & ipſos quoque fratres conſanguineos: illos, quod per patres conjungantur; hos, quod eundem patrem habeant. Idemque ſentio de fratribus matruelibus.

TEXTUS.

Quintus gradus.

5. Quinto gradu ſupra atavus, atavia: infra atnepos, atneptis: ex transverſo fratris ſororisque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita; id eſt, proavi frater & ſoror: & proavunculus & promatertera, id eſt, proaviæ frater & ſoror: item fratris patruelis, vel ſororis patruelis, conſobrini & conſobrinæ, amitini & amitinæ filius, filia: propior ſobrino, propior ſobrina. Hi ſunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.

NOTA.

5. Propius sobrino] Dicitur & propior ſobrino, *d. l. 1. §. ult. l. ult. § 16. verſ. perſonæ, eod.* & propior ſobrinus, *l. 2. C. und. leg.* Græci σωβρίνῳ ἐγγύτερον appellant in *l. 2. C. comm. de ſucceſſ.*

COMMENTARIUS.

P*Ropior ſobrino*] Propior ſobrino, ſobrina, & propius ſobrino, ſobrina; item propior ſobrinus, ſobrina, & propius ſobrinus, ſobrina, recte omnimodo dicetur, *l. 1. §. ult. l. ult. §. quinto. 16. verſ. perſonæ, de grad. & affin. l. 2. Cod. unde leg. Paul. 4. ſent. 11.* Feſtus in verbo *propius.* Uſitatius tamen eſt *propior ſobrino,* pro quo Tacitus *12. annal. 64.* dixit *ſobrino prior. Lepida,* inquit, *minore Antonina genita, avunculo Auguſta, Agrippinæ ſobrina prior,* &c. *parem ſibi claritudinem credebat.* Neque enim neceſſe eſt, ut cum Cujacio & Giphanio pro *prior* legamus *propior*; nam utrique voculæ eadem vis, ut bene Lipſius. Eſt autem propior ſobrino, ſobrina, patris ejus, de cujus cognatione quæritur, conſobrinus, conſobrina, *d. l. 1. §. ult: & l. 2. eod.* cui viciſſim ille eſt conſobrini filius, *d. l. 1. §. ult. & hoc text.* Sic Lepida cum eſſet Germanico, patri Agrippinæ conſobrina, (nam ab Agrippina vocata eſt ſobrina prior) Agrippina illi conſobrini filia. Verum ut confuſa eſt utrinque amitini & conſobrini appellatio, ita factum arbitror, ut propiori ſobrino ego etiam vocer propior ſobrinus, *l. 2. C. unde legit. Feſt. d. loc.* ubi ait, propius ſobrino mihi eſſe conſobrini mei filium & patris mei conſobrinum.

TEXTUS.

TEXTUS.

Sextus gradus.

6. Sexto gradu ſupra tritavus, tritavia: infra trinepos, trineptis: ex transverſo fratris ſororisque abnepos. abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id eſt, abavi frater & ſoror: abavunculus, abmatertera, id eſt, abaviæ frater & ſoror: item propatrui, proamitæ, proavunculi, promateriteræ filius, filia: item propius ſobrino, ſobrinave filius, filia: item conſobrini, ſobrinæ, id eſt, qui quæve ex fratribus vel ſororibus patruelibus, vel conſobrinis, vel amitinis progenerantur.

COMMENTARIUS.

ITem propius ſobrino ſobrinave, filius filia] Hæc verba omnino inducenda ſunt, ut ſuperflua. Et enim filii & filiæ propioris mei ſobrini & ſobrinæ aut ſunt mihi nepotes ac neptes conſobrini & conſobrinæ, aut ipſi mihi ſobrini & ſobrinæ: quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto cætera recte habent: neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mutare cum Hotomanno aut Weſembecio neceſſe eſt. Omnino enim male Gothofredus verba iſta retinuit, illa autem *item conſobrini*, &c. expunxit.

Item conſobrini, conſobrinæ nepos, neptis] Hotomannus ex Gajo *l. 3. de grad. & affin.* ſic reſtituit; *Item fratris patruelis, ſororis patruelis, conſobrini, conſobrinæ, amitini, amitinæ nepos, neptis.* Nulla tamen neceſſitate: quoniam, ut ſupra notatum eſt, generali conſobrinorum appellatione patrueles quoque & amitini continentur.

Qui quæve ex fratribus patruelibus] Sobrinorum nomina, ut patruelium & conſobrinorum, inter ſe referuntur, ut qui mihi ſobrinus eſt, ego ei viciſſim ſim ſobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco exiſtimet, fratris patruelis, &c. filium ſobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc eſt, utrinque ſobrinos dici eos, qui ex duobus patruelibus, ex amitino & conſobrino, ex duobus item conſobrinis nati ſunt: quos nos *achterſuſters kinderen* vocamus. Hoc gradu propria cognationis nomina deſinunt, *l. ult. §. ult. de grad. & affin.*

TEXTUS.

De reliquis gradibus.

7. Hactenus oſtendiſſe ſufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam eſt intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe ſemper generata perſona gradum adjicit: ut longe facilius ſit reſpondere, quoto quisque gradu ſit, quam proprie cognationis appellatione quemquam denotare.

NOTA.

7. GENERATA PERSONA GRADUM ADJICIT] Id eſt, unaquæque generatio gradum facit. Itaque ex numero generationum conſtituendus erit numerus graduum. Jus autem Canon. alia denumeratione utitur in linea transverſa, quæ tamen in cauſis matrimonialibus duntaxat ſervatur, *v. c. ad ſedem, c. parentelæ, c. 35. q. 5.*

COMMENTARIUS.

GEnerata perſona gradum adjicit] Quantum numerus generationum, tantumdem excreſcit numerus graduum. Quippe unaquæque generatio gradum facit. Et ideo in quavis quæſtione propoſita videndum, quot inter utramque perſonam generationes extiterint, atque ex earum numero conſtituendus erit numerus graduum.

TEXTUS.

De gradibus agnationis.

8. Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

COMMENTARIUS.

REcte Hotomannus hunc locum ſic interpretatur, non quaſi Juſtinianus dicere voluerit, agnationis gradus eodem modo numerari, ſicut cognationis: tam enim agnatorum, quam cognatorum hactenus mentio facta; ſed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modo dixit, ratione creſcere, nimirum ut ſemper perſona generata adjiciat gradum.

TEXTUS.

De graduum deſcriptione.

9. Sed cum magis veritas oculata fide, quam per aures animis hominum infigatur: ideo neceſſarium duximus, poſt nar-

rationem graduum, eos etiam præſenti libro ſcribi, quatenus poſſint & auribus & oculorum inſpectione adoleſcentes perfectiſſimam graduum doctrinam adipiſci.

COMMENTARIUS.

Rei cujusque cognitio certius ex oculorum ſenſu, quam aurium percipitur. Cujus rei rationem Ariſtoteles περὶ αἰσθήσεως hanc affert, quod aſpectus per ſe ac vi ſua, nulliusque alterius opera percipit; auditus vero per accidens & opera aliena. Sane quia quæ videmus in propinquo ſunt, ideo ea nos magis afficiunt, quam quæ audimus, quæ abſunt fere, & ideo non ita movent. Poëta in arte;

Segnius irritant animos demiſſa per aurem,
Quam quæ ſunt oculis commiſſa fidelibus.

Hoc Candaules credidit; & in Gyge cum amiſſione regni expertus eſt, quæ oculis hauriuntur, celerius ad animum accedere, quam quæ aurium via manant. Polyb. 12. ὀφθαλμοὶ τῶν ὤτων ἀκριβέστεροι μάρτυρες.

Præſenti libro ſcribi] Hæc graduum cognationis deſcriptio periit temporum injuria. Sed nullo negotio ſimilis delineari & in tabula repræſentari poteſt: quod cum etiam à plerisque factum ſit, quorum commentarii in manibus candidatorum juris verſantur, nobis nihil opus eſt, hic item tabulam aliquam exhibere.

TITULUS VII.

D. lib 38. t. 2. C. lib. 6. t. 4.

De ſervili cognatione.

TEXTUS.

Illud certum eſt, ad ſerviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed noſtra conſtitutione, quam pro jure patronatus fecimus, quod jus usque ad noſtra tempora ſatis obſcurum atque nube plenum, & undique confuſum fuerat) & hoc humanitate ſuggerente conceſſimus, ut ſi quis in ſervili conſtitutus conſortio, liberum vel liberos habuerit, ſive ex libera ſive ex ſervilis conditionis muliere: vel contra ſerva mulier ex libero vel ſervo habuerit liberos cujuscunque ſexus; & ad libertatem his pervenientibus; ii qui ex ſervili ventre nati ſunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipſi in ſervitute eos habuerint, & poſtea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad ſucceſſionem patris vel matris veniant patronatus jure in hac parte ſopito. Hos etenim liberos non ſolum in ſuorum parentum ſucceſſionem, ſed etiam alterum in alterius ſucceſſionem mutuam vocavimus ex illa lege ſpecialiter eos vocantes, ſive ſoli inveniantur, qui in ſervitute nati & poſtea manumiſſi ſunt, ſive una cum aliis, qui poſt libertatem parentum concepti ſunt: ſive ex eodem patre, ſive ex eadem matre, ſive ex aliis nuptiis; ad ſimilitudinem eorum, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt.

NOTÆ.

LIBERUM VEL LIBEROS] *Liberum*, numero unitatis, *v. ſup.* §. 2. per quas perſ. Satis erat dicere, *liberos habuerit*, *l. 148. de verb. ſign.*

SIVE EX ALIIS NUPTIIS] Vide comm. etiam Cujac. & Hotom. *qualicunque copulatione*. Sed tamen nati ex nefario & damnato coitu ſuccedere nequeunt.

COMMENTARIUS.

Notant fere recentiores omnes, in plerisque manuſcriptis & in Græca paraphraſi hunc locum nullam novam inſcriptionem habere; ſed cohærere titulo præcedenti: cujus etiam partem eſſe arguit collatio ordinum & graduum, quæ hoc eodem loco inſtituitur. Sed age rem ipſam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in ſex proxime ſeqq. tit. explicatione ſolito breviores, ne nimium hoc opus excreſcat curioſa tractatione earum rerum, quæ nullum aut perexiguum uſum nunc habent.

Ait, neque edicti prætoris eam partem, qua bonorum poſſeſſio cognatis defertur, neque legem ullam anti-

antiquam ad cognationes ſerviles pertinere. Ex *Vlpian. l. 1. §. 2. unde cogn. & Paul. l. ult. §. non parcimus 5. de grad. & affin.* Quod ſic intelligendum eſt, non pertinere edictum aut leges antiquas ad ſervorum cognationem etiam poſtquam manumiſſi ſunt: nam quamdiu ſervitutem ſerviunt, nec ſucceſſorem habere poſſunt, nec ipſi alteri ſuccedere, *l. 4. Cod. commun. de ſucceſſ.* neque novi juris quæ ſequitur conſtitutio ad ſervos, quamdiu in ſervitute manent, pertinere poteſt.

Nec ulla antiqua lege talis cognatio] In cauſa videlicet ſucceſſionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo ſervilis cognationis ratio habetur, nuptiisque impedimento eſt, ſi forte pater & filia, frater & ſoror, manumiſſi fuerint, *§. illud ſup. de nupt. l. adoptivus 14. §. 2. & 3. de rit. nupt.* Quo loco etiam diverſi juris ratio indicatur, hæc nimirum quod in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inſpicitur. In ſucceſſionibus autem naturalis ſervorum cognatio inſuper habita fuit, *d. l. ult. §. non parcimus 5. de grad. & affin.* Itaque ſi verbi cauſa ancilla cum liberis, quos in ſervitute pepererat, manumiſſa fuerat, neque liberi ex Senatusconſulto Orficiano, ad hæreditatem defunctæ matris, neque mater ex Senatusconſulto Tertylliano ad hæreditatem liberorum, & neque hæc neque illi ad bonorum poſſeſſionem ex parte edicti unde cognati proximi, vocabantur: licet inter matrem & vulgo quæſitos invicem capiendæ hæreditatis & accipiendæ bonorum poſſeſſionis jus eſſet.

Sed noſtra conſtitutione] Deſideratur hæc conſtitutio. Epitomen ejus in membranis quibusdam Latine expreſſam atque à ſe repertam Cujacius exhibet *lib. 20. obſerv. 34.* in qua tamen epitome tantum jura patronatus definiuntur. Eodem loco repræſentat ex Baſilicis conſtitutionem Græcam, quam putat eſſe integram hanc Juſtiniani. Sane Græce ſcriptam fuiſſe teſtatur ipſe Juſtinianus, *§. 3. ſeq. tit.*

Humanitate ſuggerente] Etſi ſervilis cognationis, quamdiu durat ſervitus, in cauſa ſucceſſionis ratio haberi non poteſt: poteſt tamen ſervitute ſublata. Atque adeo plenum humanitatis eſt, tunc in hac etiam cauſa cognationem illam naturalem ſpectari.

Ut hi omnes ad ſucceſſionem] Igitur hac conſtitutione Juſtiniani nati ex ſervis ancillisve, ſi parentibus manumiſſis ipſi quoque manumiſſi ſint ſuperſtites, eis ab inteſtato ſuccedunt, excluſis patronis, à quibus ipſi antea excludebantur.

Alterum in alterius ſucceſſionem mutuam] Ita ut non ſolum parentibus, ſed etiam ipſi manumiſſi fratres & ſorores inter ſe ſuccedant. Quod tamen ego ſic accipiendum eſſe exiſtimo, ſi, quod multis modis accidere poteſt, patronus deficiat. Nam liberis non extantibus, expreſſe ſtatim patronum ad liberti inteſtati ſucceſſionem ipſe Juſtinianus vocat, idque eadem conſtitutione, quam hic ſignificat, *d. §. 3. verſ. ſin autem, tit. ſeq.* Quamvis ſane fratres patrono præferendos arguat, *l. 2. C. ad Senatusconſ. Tertyll.* Sed non eſt eadem ratio patris & filii emancipati, quæ liberti proprie dicti & patroni: utique poſtquam fratres in ſucceſſione patri prælati ſunt, *l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de ſucceſſ.* ad quod jus Tribonianus *d. l. 1.* interpolando conformavit.

Sive ſoli inveniantur] Quare non modo qui nati in ſervitute poſtea manumiſſi ſunt, inter ſe ab inteſtato ſuccedunt, ſed etiam cum aliis, qui poſt parentum libertatem naſcuntur.

Sive ex aliis nuptiis] Verbum *nuptiis* tollendum eſſe cenſent Cujac. Cont. Hotom. Giphan. auctoritate quorundam manuſcriptorum & Theophili, apud quem tantum eſt, ἔτε ἐκ διαφόρων. Ut horum verborum *ſive ex aliis* hic ſit ſenſus, ſive ex alio & diverſo patre, ſive ex alia ſeu diverſa matre. Sed contra hos inſurgit Bachovius, & maxime in Cujacium. Ego in hac eorum lite Palæmon.

TEXTUS.

Collatio ordinum & graduum.

1. Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet non ſemper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior ſit cognatus, ſemper potiorem eſſe. Cum enim prima cauſa ſit ſuorum hæredum, & eorum, quos inter ſuos hæredes enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem eſſe, quam fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cum alioqui pater quidem & mater (ut ſupra quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater vero ſecundum, pronepos autem tertio gradu ſit cognationis, & abnepos quarto. Nec intereſt, in poteſtate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato aut fœmineo ſexu propagatus eſt. Amotis quoque ſuis hæredibus, & quos inter ſuos hæredes

vocari diximus, adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis, etiamſi longiſſimo gradu ſit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel matertera præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati ſunt; quoties neque ſuorum hæredum quique inter ſuos hæredes ſunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat, ſecundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & ſorore emancipatis, qui ad ſucceſſionem fratrum vel ſororum vocantur: qui etſi capite deminuti ſunt, tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus adgnatis.

NOTA.

Exceptis fratre et sorore emancip.] Ex conſtitutione Anaſtaſii §. *1. ſup. d. tit.* item ſorore uterina & ſororis conſanguineæ ſive uterinæ filiis & filiabus, §. *4. ſup. de leg. agn. ſucc.* Hodie adgnatorum & cognatorum jura confuſa ſunt. *Nov. 118.* ubi Juſt. tres novos ordines ſuccedentium fecit. 1. Deſcendentium, qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Adſcendentium; ſed horum proximi tantum vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti; & horum quoque fratrum filii concurrentes cum fratribus, non autem ſi ſoli ſint, ex *Nov. 127. 3.* Lateralium, quorum ſoli quoque proximi vocantur, niſi quod fratrum germanorum filii jure repræſentationis una cum thiis ſuis veniunt, thiisque defuncti, ejusque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

COMMENTARIUS.

Hic locus ad ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata ſunt, generaliter pertinet. Summa eſt, duas eſſe ſuccedentium prærogativas unam in ordine, alteram in gradu: illius autem quam hujus potiorem rationem eſſe; in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu ſit poſterior, præferatur ei, qui eſt poſterior ordine, quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &c. quam fratrem, patrem, matrem] Conferuntur hic ſui & qui ſuorum numero ſunt cum legitimis; qui cum illis concurrere nunquam poſſunt, propter prærogativam ordinis ſuorum. Sed ſi ſui inter ſe conferantur, hic qui gradu proximior eſt, puta filius, remotiorem, puta nepotem, non excludit. Nam jus repræſentationis & ſucceſſio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque ſuis hæredibus, agnatus etiamſi longiſſimo gradu, &c.] Agnati quoque & cæteri legitimi ſucceſſores, collati cum cognatis, præferuntur non ex prærogativa gradus, ſed ordinis: nam cognati demum tertio loco vocantur, *ſup. de ſucc. cogn. in pr.* Verum inter agnatos ipſos ſpectatur prærogativa graduum; quoniam in hoc ordine repræſentatio locum non habet, extra quam quod noviſſimo jure introductum eſt, *Nov. 118. c. 3.* ſi fratrum filii cum patruis concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita *tit. de leg. agn. ſucc.* item de Senatuſconſ. Tertylliano §. *3 & ſeqq.* quæ hic inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum jura confuſa ſunt *d. Nov. 118.* ubi Juſtinianus tres novos ordines ſuccedentium fecit, unum deſcendentium, alterum adſcendentium, tertium collateralium. Deſcendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa ſervatur. Cum adſcendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii; cæteri laterales ab iiſdem excluduntur: inter ipſos autem ſuccedunt tantum proximi, *d. Nov. 118. c. 2. & Nov. 127.* Lateralium quoque proximi ſolum vocantur, niſi quod fratrum germanorum filii jure repræſentationis ſimul cum patruis & avunculis ſuis veniunt, & patruis avunculisque defuncti, ejusque fratribus ex uno duntaxat latere conjunctis præferuntur his jure plenioris ſanguinis, illis jure quadantenus deſcendentium: qua de re ſupra explicatum eſt diligentius.

TITULUS VIII.

D. lib. 38. t. 2.

De ſucceſſione libertorum.

Ratio ordinis, & ſumma tituli.

Huc usque diſſeruit de ſucceſſione ingenuorum: ſequitur nunc de ſucceſſione libertorum, id eſt, de jure ſuccedendi in bonis libertorum. Vox enim ſucceſſionis hic non active, ut in præcedentibus, ſed paſſive accipitur, non qua libertus ſuccedit alii; ſed qua ipſi liberto ſucceditur. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege 12. tabularum conſtitutum fuit; aliud prætores introduxerunt: quod auctum poſtea lege Papia: poſtremo aliter hanc cauſam definivit Juſtinianus: quæ ſingula hic ordine referuntur & explicantur.

TEXTUS.

TEXTUS.

Qui ſuccedunt. De lege 12. Tabb.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum ſuum impune teſtamento præterire: nam ita demum lex duodecim tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, ſi inteſtatus mortuus eſſet libertus, hærede ſuo nullo relicto. Itaque inteſtato mortuo liberto, ſi is ſuum hæredem reliquiſſet, Patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et ſiquidem ex naturalibus liberis aliquem ſuum hæredem reliquiſſet, nulla videbatur querela: ſi vero adoptivus filius fuiſſet, aperte iniquum erat, nihil juris patrono ſupereſſe.

COMMENTARIUS.

1. *Legem 12. tabb. non alio jure patronum cenſuiſſe, quam agnatorum.*
2. *Cur magis iniquum viſum, patronum ab adoptivis excludi, quam patrem, fratrem &c.*

NAm ita demum lex 12. tabb.] Argumentum ex contrariis, quo probat jure antiquo 12 tabb. licuiſſe liberto teſtato decedenti patronum impune præterire. Collectio hæc eſt; Lex 12. tabularum patronum nominatim vocat ad hæreditatem liberti inteſtato mortui: ergo in bonis liberri teſtato mortui nullum jus patronum habere voluit, ſi videlicet teſtamento præteritus nihilve ei relictum ſit.

Hærede ſuo nullo relicto] Inteſtato liberto mortuo lex duodecim tabularum primum ſuis hæredibus defert hæreditatem: ſi hi non fuerint, tunc patrono. *Vlp. l. 3. in pr. de ſuis & leg. & in fragm. tit. 27. & tit. ult. in pr.* ubi ſic ſcribit: *Civis Romani liberti hæreditatem lex duodecim tabularum patrono defert, ſi inteſtato ſine ſuo hærede libertus deceſſerit. Ideoque ſive teſtamento facto decedat, licet ſuus hæres ei non ſit, ſeu inteſtato, & ſuus hæres ei ſit, quamvis non naturalis, ſed uxor. puta quæ in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil præſtat.* Hinc vero apparet, legem non alio jure patronum cenſuiſſe, quam agnatorum, qui & ipſi ab inteſtato poſt ſuos hæredes vocantur, & teſtamento præteriri poſſunt. Quod autem primo loco & ſolum poſt ſuos hæredes patronum lex vocat, mirum non eſt: quoniam liberti agnatos non habent.

Si adoptivus filius, aperte iniquum] Patronum à liberti liberis naturalibus, id eſt, procreatis juſto matrimonio, excludi, indignum viſum non eſt: at iniquum viſum, eundem excludi etiam ab adoptivis & adſcititiis. Cur vero inquis in patrono id minus ferendum fuit, quam in patre, matre, fratribus, ſororibus reliquisque agnatis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hæreditate ingenui præferri conſtat? Putat D. Hotomannus, prætorem ideo plus juris patronis in bonis libertorum conceſſiſſe, ne alioqui duras nimis conditiones libertis ſuis in præſtanda libertate imponerent, *arg. l. 1. de bon. libert.* Sed & illud duriuſculum viſum, poſſe patronum per quemvis hæredem teſtamento liberti ſcriptum repelli. Cæterum erat hoc conſequens liberæ teſtandi facultati lege duodecim tabularum civibus omnibus datæ. 2

TEXTUS.

De jure prætorio.

1. Qua de cauſa poſtea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata eſt. Sive enim faciebat teſtamentum libertus, jubebatur ita teſtari, ut patrono partem dimidiam bonorum ſuorum relinqueret: & ſi aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas teſtamenti partis dimidiæ bonorum poſſeſſio. Sive inteſtatus moriebatur, ſuo hærede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc ſuum hæredem partis dimidiæ bonorum poſſeſſio. Prodeſſe autem liberto ſolebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non ſolum quos in poteſtate mortis tempore habebat, ſed etiam emancipati & in adoptionem dati, ſi modo ex aliqua parte ſcripti hæredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum poſſeſſionem ex edicto prætorio petierant. Nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.

NOTÆ.

1. DIMIDIAM BONORUM] Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in caſtris quæſita, *l. 3. §. 6. de bon. libert.*

ÆQUE PATRONO DABATUR, &c. BONOR. POSSESSIO] Th τεχίτως ἰδίῳ τῇ contra tabulas. Sed aut ſomniavit, aut corruptus eſt. Qui enim contra tabulas liberto inteſtato mortuo?

SI MODO EX ALIQUA PARTE SCRIPTI] Hæc clauſula pertinet ad datos in adoptionem.

EXHÆREDATI NULLO MODO, &c.] Intellige, niſi per querelam teſtamentum, ut inofficioſum, evertiſſent.

COMMENTARIUS.

PRætor duo mutavit. Primum teſtandi licentiam in liberto coercuit, juſſitque libertum ita teſtari, ut patrono non minus parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidiæ bonorum contra tabulas poſſeſſione, ſi aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum eſſet. Cæterum quod hic ſimpliciter,ſcriptum eſt,id hanc habet exceptionem, niſi libertus liberos naturales, ſive ſuos, ſive emancipatos (nam liberi adoptivi jure prætorio non plus juris contra patronum habent, quam extranei) hæredes inſtituerit: quippe à quibus & non facto teſtamento patronus excluderetur. *Ulp. d. tit. ult. in pr.*

Sive inteſtatus relicto filio adoptivo] Hoc alterum eſt, quod in hac cauſa mutavit prætor. Nam lex 12. tabularum etiam adoptivo filio ſuo hærede exiſtente patronum in totum ab hæreditate liberti inteſtato mortui excludebat. Edicto vero prætoris ex parte dimidia admittitur.

Et in adoptionem dati] Liberi naturales in adoptionem dati, quamdiu in familia adoptiva ſunt, quaſi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur, ſed tantum ex ea parte edicti veniunt, qua vocantur cognati, *§. at hi 10. & §. 12. cum ſeq. ſup. de hær. quæ ab int.* Patronum igitur excludere non potuerunt, niſi teſtamento hæredes ſcripti; ac proinde clauſula ſequens, *ſi modo ex aliqua parte ſcripti hæredes erant*, adjecta eſt.

Aut præteriti contra tabulas] Hoc ad ſolos emancipatos referri debet. Quippe cum bonorum poſſeſſio contra tabulas iis dari non ſoleat, qui tempore mortis ejus, de cujus ſucceſſione agitur, in aliena familia fuerunt, *§. eadem 12. ſup. de hær. quæ ab inteſt.*

Exhæredati nullo modo] Sed quid ſi teſtamentum per querelam everſum fuerit? Dubitandum non eſt, quin liberi patronum excludant, cum res ad cauſam inteſtati redeat. Plura Bachovius hic.

TEXTUS.

De Lege Papia.

2. *Poſtea vero lege Papia adaucta ſunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum enim eſt, ut ex bonis ejus, qui ſeſtertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quam tres liberos habebat, (ſive is teſtamento facto, ſive inteſtatus mortuus erat) virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve hæredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac ſi is ſine ullo filio filiave inteſtatus deceſſiſſet. Cum vero duos duasve hæredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: ſi tres reliquerat, repellebatur patronus.*

COMMENTARIUS.

1. *Seſtertius & ſeſtertium an idem valeant.*

SEcunda hujus juris mutatio facta eſt lege Papia Poppæa. Tu'ere hanc legem nomenque ei dederunt ſuffecti Coſſ. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab V. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta reſtituit notisque illuſtravit vir clariſſimus D. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores libertos] Hæc igitur lex ad libertos locupletiores ſolummodo pertinuit: in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui ſeſtertium centum millium] Locupletiores habiti, qui ſeſtertium centum millium patrimonium habebant: pro quo præciſe dixit Africanus rem centum, *l. liberto 26. de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *l. ſi libertus 16. de jur. patron.* Etenim, ut docet Hotomann. *lib. de re numm.* duplex veteribus enuntiandi uſus fuit interdum plena oratione ut dicerent, verbi cauſa, centum millia ſeſtertium, quomodo hoc extulit Juſtinianus hic; interdum præciſe, verbi cauſa centum ſeſtertium, aut centum ſimpliciter: qua forma uſus Africanus *d. l. liberto.* Ubi, per octoginta & centum, totidem ſeſtertiorum millia eum intelligere certum eſt. Quod autem Cantiuncula & Mynſingerus hic ſcribunt, atque in dictionario ſuo prodidit Calepinus, ſeſtertium neutro genere, & in plurali numero ſeſtertia ſingula, ſignificare & valere mille ſeſtertios nummos, ſecuti auctoritatem magni illius Budæi, qui hoc primus *lib. de Aſſe* docuit, errorem eſſe Bachovius exiſtimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno *d. lib de re. numm.* reprehenſum. Sed videtur mihi Bachovius valde oſcitanter Ho-

Hotomannum inſpexiſſe, qui hoc quidem docet & oſtendit, ſeſtertium neutro genere à probatis Latinæ rei auctoribus uſurpatum non eſſe, niſi quod metri cauſa à Poetis id factitatum, quod & jam antea obſervaverat Georg. Agricola *lib. 2. de pond.* Cæterum quod porro aſſerit Bachovius, ſeſtertium neutro genere eadem ſignificatione uſurpari à Poëtis, qua maſculino à cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni; in eo dupliciter errat: nam nec Hotomannus id docuit, ſed Agricola; & verum non eſſe, contra Agricolam ipſe Hotomannus demonſtrat *cap. 22. d. lib. de re numm.* ubi expreſſe ſcribit, ſeſtertia à Poetis dici ſolita non pro nummis ſeſtertiis, ſed pro mille nummorum ſumma, multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonſtrandæ ſufficiet. Is *ſatyra 4.* Criſpini cujusdam gulam exagitans ſic ait;

... Mullum ſex millibus emit.
Æquantem ſane paribus ſeſtertia libris.

quod priore verſu de minoribus ſeſtertiis Poëta dixerat, ſequenti de majoribus enuntiat: ſignificat enim, totidem libras mullum iſtum pependiſſe, quod ſeſtertiis Poeticis emptus fuerat, nimirum ſex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia ſeſtertiorum Romani non pronuntiaverint: ſed cum ad mille millia ventum eſſet, adverbiis numeralibus uſos, ut dicerent, decies aut vicies ſeſtertium præciſe, pro decies aut vicies centena millia ſeſterrium. Sed deſino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum, ſeſtertium fuiſſe quartam partem denarii; denarium parem viceſimam quintam aurei; ac proinde aureum continuiſſe ſeſtertios centum; idemque valere, centum millia ſeſtertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quam hactenus habuimus, expectamus à D. Salmaſio.

Pauciores quam tres liberos, viri is pars patrono] Lex Papia patronum liberti centenarii ſeu locupletis, ſive teſtato ſive inteſtato mortui, in virilem ejus hæreditatis partem admittebat, ſi modo is pauciores quam tres liberos reliquiſſet.

Sine ullo filio inteſtatus] Reponendum omnino cum Ruffard. Cujac. Cont. Hotom. *teſtatus.* Theophilus; ἐπὶ διαθήκῃ, *condito teſtamento.* Nam liberto inteſtato & ſine liberis defuncto ſolus & in ſolidum ſuccedit patronus tam ex edicto prætoris, quam ex lege 12. tabb. *ſup. in pr. & §. 1. Cujac. 3. obſ. 13.*

Si tres, repellebatur patronus.] In hoc igitur differt lex Papia à jure prætorio, quod Patronus à Prætore repellebatur, etiamſi libertus unum aut duos tantum liberos reliquiſſet: lege vero Papia virilem hic partem patronus obtinebat. At ſi libertus tres aut plures liberos reliquerat, tunc ſive teſtato ſive inteſtato deceſſiſſet, patronus in totum etiam per legem Papiam ſummovebatur.

TEXTUS.
De conſtitutione Juſtiniani.

3 *Sed noſtra conſtitutio (quam pro omni natione Græca lingua compendioſo tractatu habito compoſuimus) ita hujusmodi cauſam definivit: ut ſiquidem libertus vel liberta minores centenariis ſint, id eſt, minus centum aureis habeant ſubſtantiam, (ſic enim legis Papiæ ſummam interpretati ſumus, ut pro mille ſeſtertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum ſucceſſione: ſi tamen teſtamentum fecerint. Sin autem inteſtati deceſſerint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reſervavit. Cum vero majores centenariis ſint, ſi hæredes vel bonorum poſſeſſores liberos habeant, ſive unum ſive plures, cujuſcumque ſexus vel gradus, ad eos ſucceſſiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum ſua progenie ſemotis. Sin autem ſine liberis deceſſerint, ſiquidem inteſtati, ad omnem hæreditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero teſtamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exhæredaverint, vel mater ſive avus maternus eos præterierint, ita quod non posſint argui inofficioſa eorum teſtamenta, tunc ex noſtra conſtitutione per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non dimidiam, ut antea, ſed tertiam partem bonorum liberti conſequantur; vel quod deeſt eis, ex conſtitutione noſtra repleatur, ſi*

quan-

quando minus tertia parte bonorum ſuorum libertus vel liberta eis reliquerit: ita ſine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommiſſa præſtentur, ſed ad cohæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis caſibus à nobis in præfata conſtitutione congregatis, quos neceſſarios eſſe ad hujusmodi diſpoſitionem juris perſpeximus: ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverſo latere veniunt usque ad quintum gradum, ad ſucceſſionem libertorum libertarumve vocentur, ſicut ex ea conſtitutione intelligendum eſt. Et ſi ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi ſint, qui proximior eſt, ad liberti vel libertæ vocetur ſucceſſionem: & in capita, non in ſtirpes dividatur ſucceſſio: eodem modo & in iis, qui ex transverſo latere veniunt, ſervando. Pene enim conſonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſſionibus fecimus.

NOTÆ.

3. Nostra Constitutio] Non extat: ſed eam nobis ex Baſilicis repræſentat Cujac. *20. obſ. 34.*

Pro mille sestertiis unus aureus] Cum antea unus aureus reſponderet tantum ſeſtertiis centum. Non igitur ſimpliciter legem Papiam interpretatur, ſed emendat.

Vel fidei commissa] Quæ certis perſonis præſtantur ab his, qui petunt bon. poſſeſſionem cont. tab. *l. 1 de leg. præſt.* quod onus olim etiam patrono incumbebat, *l. 4. de cond. & dem. l. 64. §. u. t. ad SC. Treb.*

Usque ad quintum gradum] Mynſing. & Pac. putant hæc verba tantum ad eos referenda eſſe, qui ex latere veniunt, ſed refelluntur ipſo tenore conſtitutionis πάτρων καὶ πατρώνισσα. καὶ παῖδες αὐτῶν καὶ ἔγγονοι, καὶ ἀπέγγονοι, τουτέστιν οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων Additurque καὶ μόνοι id eſt, & ſoli: nam qui ex latere veniunt non admittuntur ad illam tertiæ partis bonorum ſucceſſionem, ut mox ſubjicitur: ſed tantum ad ſucceſſionem liberti inteſtato ſine liberis mortui usque ad quintum gradum, nec hic ulterius patronorum liberi, ut iterum verba oſtendunt; ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς· οὐ πάτρων, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν τὸν ἀπελεύθερον.

Qui proximior est, &c. et in capita] *l. 13. §. 1. & ſeq. de bon. libert. Vlp. tit. 27. §. 1. & ſeq.* Nimirum hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, ſed liberti; ad cujus ſucceſſionem patroni eorumque liberi non veniunt jure ſuorum hæredum, ſed agnatorum, *l. 2. §. 1. unde legit.*

COMMENTARIUS.

Quoniam lex Papia nimium patronis tribuere videbatur, eo quod certis caſibus hos etiam liberis liberi centenarii exæquaret: & jure prætorio libertus ſine libertis decedens cogebatur ſemiſſem omnium bonorum Patrono relinquere: Juſtinianus utrique juri derogavit, cauſamque ſic in ſumma definivit, ut in liberto minore centenario teſtato decedente, patronus nullum jus in ſucceſſione ejus haberet. Sin autem centenario major decederet, ſive teſtatus ſive inteſtatus, tum ſi liberos reliquiſſet, & vel unum cujuscumque ſexus, gradus aut conditionis, patronus excluderetur, niſi forte teſtamento patris liberi eſſent exhæredati. Si vero nullos liberos reliquiſſet, ab inteſtato patronus in ſolidum ut hæres eſſet, antiquo jure patronatus integro hoc caſu ſervato: teſtamento vero facto, uti pro ſemiſſe, quem prætor patrono decreverat, trientem ſine ullo onere obtineret: atque hoc ſuccedendi jus non ſolum ipſe patronus haberet; verum etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus patroni ex latere cognati usque ad quintum gradum: ſic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capite hæreditas divideretur.

Pro mille ſeſtertiis unus aureus] Juſtiniani ætate cum multo minores eſſent hominum facultates, locupletes cenſebantur, qui centum aureos in bonis habebant, cum antea ex mille aureis hoc æſtimaretur. Hotomannus putat, transpoſita eſſe nomina, & pro *mille* hic ſubſtituit *centum*, uti paulo ante pro *centum*, *mille*, quod probat Weſembecius; ego in medio relinquo.

Sin autem ſine liberis] Quid ſi adoptivos tantum reliquerit; Hotomannus cenſet, patronum & hoc caſu lege Juſtiniani in totum excludi. Bachovius contra in partem patronum admitti; cujus ſententia verior videtur arg. *pr. hujus tit. in fin. & §. 1. in pr.* item conſtitutionis Græcæ, relatæ à Cujacio *lib. 20. obſ. 34.*

Vel mater ſive avus maternus] Quippe quorum præteritio pro exhæredatione eſt, *§. ult. ſup. de exhær.*

har. lib. quod nec jure noviſſimo mutatum eſſe demonſtravimus *ſup. tit. de inoff. teſt. in pr.*

Ex conſtitutione noſtra repleatur] Intelligit haud dubie conſtitutionem *l. omnimodo 30. C. de inoff. teſt.* ut proinde hactenus eadem ſit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere] Et ergo in hoc quoque exæquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam ſeu legitimam ſine onere habere debeant: *l. 32. C. de inoff. teſt. junct. hoc text.* cum olim legatorum & fideicommiſſorum præſtandorum onus, quæ liberis præteritis au exhæredatis rel cta erant, patrono incumberet, *l. 4. de cond & dem. l. ſi ejus 64. §. ult. ad Senatusc. Trebell.*

Vsque ad quintum gradum] Pacius putat, hæc verba ad eos tantum referenda eſſe, qui ex latere veniunt, non ad liberos patroni, cum Mynſingero *ad hunc loc. & §. 2. inf. de bon. poſſ* ſed refelluntur verbis conſtitutionis Græcæ, relatæ apud Cujac. *20. obſ. 34.* ac proinde nullius momenti eſt argumentum petitum ex *l. liberorum 220. de verb. ſign.*

Qui proximior eſt] Si unius pluriumve patronorum plures liberi ſint diverſi gradus, qui proximior eſt, in ſucceſſione liberti præfertur, & plurium patronorum liberi non in ſtirpes, ſed in capita ſuccedunt, *l. ſi libertus 23. §. 1. & ſeq. de bon. libert. Vlp. tit. 27. §. 1. & ſeq.* Non eſt huic contrarium, quod de liberis ſupra relatum eſt, eos parentum ſuorum locum occupare, inque ſtirpes, non in capita ſuccedere: quippe hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, ſed liberti, ad cujus ſucceſſionem patroni eorumque liberi non jure ſuorum hæredum, ſed agnatorum jure veniunt, *l. 2. §. 1. unde legit.* Hactenus ergo nihil novi Juſtinianus.

TEXTUS.

Quibus libertinis ſucceditur.

4. *Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda ſunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec ſint alii liberti: ſimul & Dedititiis & Latinis ſublatis, cum Latinorum ſucceſſiones nullæ penitus erant: quia licet ut liberi vitam ſuam peragebant, attamen ipſo ultimo ſpiritu ſimul animam atque libertatem amittebant: & quaſi ſervorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculii ex lege Iunia Norbana manumiſſores detinebant. Poſtea vero Senatusconſulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumiſſoris, non nominatim exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam ſupervenit divi Trajani edictum, quod eundem hominem, ſi, invito vel ignorante patrono, ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis feſtinarat, faciebat quidem vivum civem, Latinum vero morientem. Sed noſtra conſtitutione propter hujusmodi conditionum vices & alias difficultates, cum ipſis Latinis etiam legem Iuniam, & Senatusconſultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri cenſuimus, ut omnes liberi civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjectionibus ipſas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam tranſpoſuimus.*

NOTA.

DEDITITIIS ET LATINIS SUBLATIS] *l. un. C. de ded. lib. toll. l. un. C. de Lat. lib. toll. v. ſup. §. 3. de libertin.*

COMMENTARIUS.

Olim non omnes libertini ejusdem erant conditionis: nam eorum qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant, alii Latini Juniani, aut dedititii, idque vel propter qualitatem dominii manumittentis, vel modum manumiſſionis, vel ætatem aut perſonam manumiſſi: quod *lib. 1. tit. de libertin.* latius explicatum eſt. Itaque cum eum, quem hæredem vel ex teſtamento vel ab inteſtato habere volumus, neceſſe ſit eſſe civem Romanum, ſatis apparet, ea, quæ de jure ſuccedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cauta ſunt, ad Latinos & dedititios non pertinuiſſe. Quod autem Juſtinianus monet, ea, quæ ipſe de eadem re conſtituit, ad libertos Latinos & dedititios non pertinere, ſublata jam tum Latina & dedititia libertate, parum ſubtile eſt.

Latinorum legitimæ ſucceſſiones nullæ] Neque teſtamentariæ. Nam Latini nec teſtamentum facere, neque omnino hæredem habere poterant, ſicut nec ipſi hæredes eſſe. Hæc enim omnia, jus teſtamenti faciendi, jus capiendæ hæreditatis, item hæredis habendi, proprie erant civium Romanorum.

Quare nec inteſtati Latini deceſſiſſe dici poterant, *l. 1. in pr. de ſuis & legit.* Libertorum vero civium Romanorum ut teſtamentariæ, ita & legitimæ ſucceſſiones erant: nam eorum inteſtatorum hæreditas primum ſuis hæredibus deferebatur, deinde patronis, eorumque liberis, tanquam agnatis, quibus quæ defertur, in edicto prætoris, in ſpecie legitima dicitur, *tit. unde legit.*

Jure quodammodo peculii] Nam mortuo liberto Latino Juniano patronus bona ejus, non tanquam hæreditatem, ſed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo dominus peculium ſervi, pater filii retinet. Unde ſi patronus cum liberis ſuis ſimul extraneos quosdam hæredes inſtituiſſet, bona hujus liberti dividebantur communiter inter ſuos & extraneos hæredes; quemadmodum peculium ſervi aut filii dividitur inter hæredes domini aut patris.

Extraneis hæredibus eorum] Id eſt, extraneis hæredibus manumiſſorum ſeu patronorum. Ut ecce; L. Titius, qui libertum Latinum habebat, deceſſit, liberis ſuis & quibusdam extraneis hæredibus inſtitutis; moritur deinde libertus, ex lege Junia una cum liberis Titii extranei ſcripti hæredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatusconſulto autem Largiano ſoli veniunt liberi Titii. Tota via in hoc explicando deerravit Horomannus, iis quoque, quæ paulo ante dixerat, manifeſte contraria tradens. Meminit Juſtinianus Senatusconſulti Largiani in *l. un. C. de Lat. lib. toll. & Nov. 78. in pr.*

Divi Trajani edictum]. Edicto divi Trajani cavebatur, ut Latinus Junianus, qui invito ignorante ve patrono jus civitatis Romanæ beneficio Principis adeptus eſſet, viveret quidem ut civis Romanus, moriens autem liberti Latini exitum faceret, id eſt, ut bona ejus, quaſi peculii jure, ad patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit in *d. l. un. in pr. & §. ult. C. de Lat. lib. toll.*

Sed noſtra conſtitutione] Ea eſt *d. l. un. C. d. tit.* qua, ut antea ingenuos omnes Antoninus civitate donavit, *l. in orbe 17, de ſtat. hom.* Ita Juſtinianus libertinos omnes civitate donatos exæquat. Noviſſime libertinos omnes tantum non exæquavit ingenuis. *Nov. 78.*

TITULUS IX.

D. lib. 38. tit. 4.

De Aſſignatione Libertorum.

Continuatio.

Hic titulus moderationem continet proxime præcedentis. Nam quod generaliter ibi definitum eſt, patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi ſunt, bona liberti ex æquo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur, niſi uni ex liberis libertum aſſignaverit, hoc eſt, teſtificatus fuerit, cujus ex liberis eum libertum eſſe velit, *l. aſſignare 107. de verb. ſign.* hoc enim caſu is ſolus, cui facta eſt aſſignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti ſuccedit, reliquis liberis aſſignatoris excluſis, *l. 1. in pr. hoc tit.*

TEXTUS.

An aſſignari poſſit, & quis aſſignationis effectus.

In ſumma (quod ad bona libertorum attinet) admonendi ſumus, cenſuiſſe Senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus ſunt, æqualiter bona libertorum pertineant; tamen licere parenti, uni ex liberis aſſignare libertum, ut poſt mortem ejus ſolus is patronus habeatur cui aſſignatus eſt; & cæteri liberi, qui ipſi quoque ad eadem bona, nulla aſſignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant, ſed ita demum priſtinum jus recipiant, ſed is cui adſignatus eſt, deceſſerit nullis liberis relictis.

NOTA.

ASSIGNARE LIBERTUM] Aſſignare libertum eſt teſtificari, cujus ex liberis eum libertum eſſe velit, *l. 107. de verb. ſign.* id eſt, jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere.

COMMENTARIUS.

Licere parenti] Et quidem ſoli. Nam jus aſſignandi libertum parenti manumiſſori Senatus dedit, *d. l. 1. hoc tit.* quod tamen arcte acceptum, ut liberi manumiſſoris libertum paternum, quantumvis à parente ſibi aſſignatum, liberis ſuis adſignare non potuerint; cum tamen in pleriſque aliis cauſis jure manumiſſorum cenſeantur, *l. 8. eod.*

Ita demum priſtinum jus recipiunt] Ad liberos, non ad hæredes extraneos jus patronatus aſſignatione quæſitum transmittitur; quod intelligitur ex verbis extremis Senatusconſulti relati apud Ulp. *d. l. hoc tit. Utique ſi ex liberis quis in civitate deſiiſſet, neque ei liberi ulli eſſent, cæteris ejus liberis, qui manumiſit, perinde omnia jura ſerventur, ac ſi*

nihil

nihil de eo liberto eave liberta is parens ſignificaſſet.

TEXTUS.

De ſexu aſſignati, & de ſexu graduque ejus, cui aſſignatur.

1. Nec tantum libertum, ſed etiam libertam; & non tantum filio, nepotive, ſed etiam filiæ neptive adſignare permittitur.

COMMENTARIUS.

SEd etiam libertam] Hoc ex ipſis verbis Senatusconſulti planum eſt: quippe quo perpetuo tam libertæ, quam liberti fit mentio.

Sed etiam filiæ neptive] Senatus generaliter loquitur, *ſi quis liberos in poteſtate haberet*, ſine diſcrimine ſexus aut gradus. Itaque non minus filiæ neptive, quam filio vel nepoti aſſignari poſſe, intellectum eſt. Quin etiam præferri poſſe filio nepotem adſignatoris, *l. 3. §. 1. hoc tit.* quippe cum hoc tantum requirat Senatus, ut liberi adſignatoris in poteſtate ſint, non etiam ut ſint ſui hæredes. Perperam hæc omiſit Theoph.

TEXTUS.

De liberis in poteſtate vel emancipatis.

2. Datur autem hac adſignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in poteſtate habebit, ut eis, quos in poteſtate habet, adſignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, ſi eum, cui adſignavit, poſtea emancipaverit, nunc evaneſcat adſignatio? Sed placuit evaneſcere: quod & Juliano & aliis plerisque viſum eſt.

COMMENTARIUS.

QVi duos pluresve liberos in poteſtate] Cum adſignare nihil aliud ſit, quam jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni proprie ac peculiariter attribuere, in eum ſolum derivare, non eſt exiſtimandum dubitatum fuiſſe, an is demum adſignare poſſit, qui duos aut plures liberos habeat: aut ſi unum tantum quis habeat, an ulla tunc eſſe poſſit adſignatio; neque iſte hujus loci ſenſus eſt, ſed hic, aſſignationem tantum poſſe fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus in poteſtate conſtitutis, ut hinc removeantur emancipati. Nimirum quemadmodum lex 12. tabb. jus patronatus retineri voluit in familia, ita etiam Senatusconſultum idem jus adſignatione contractum finibus familiæ concluſit: idque ipſa verba Senatusconſulti indicant, & hic ipſe locus.

Placuit evaneſcere] Non tantum emancipato facta adſignatio nulla eſt, ſed etiam facta ei, qui in poteſtate erat, emancipatione ejus evaneſcit: congruit *l. 1. in fin. eod.* De eo dubitatum, an ſi præter emancipatum duo exiſtant in poteſtate, poſſit hoc caſu patronus non tantum uni ex his, qui in poteſtate ſunt, ſed ſimul etiam emancipato adſignare. Sed Modeſtinus reſpondit, magis eſſe ut poſſit. Igitur quod per ſe non haberet emancipatus, id per conjunctam perſonam conſequitur, uti in ſpecie *l. 9. eod. l. ult. de lib. & poſt.* Quod ſi unus tantum ſit in poteſtate, alter emancipatus, & utrique libertus adſignetur, quæ adſignatio in perſona ejus, qui in poteſtate eſt, nulla eſt, ea propter emancipatum utilis fieri non debet: ita cenſeo cum Cujac.

TEXTUS.

Quibus modis aut verbis aſſignatio fit: & de Senatusconſulto.

3. Nec intereſt, an teſtamento quis adſignet, an ſine teſtamento, ſed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipſo SC. quod Claudianis temporibus factum eſt, Sabellio Rufo, & Aſterio Scapula Conſulibus.

COMMENTARIUS.

ADſignari libertus poteſt & teſtamento & codicillis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis cauſa, quibuscumque verbis, epiſtola, chirographo, pure, ſub conditione, denique nutu etiam, *l. 1. §. 3. l. 7. eod.* quod procul dubio ex verbo *ſignificaſſet*, quo Senatus utitur, ſumptum eſt: & ideo ait Juſtinianus, hoc patronis facere permiſſum ex ipſo Senatusconſulto.

TITULUS X.

D. lib. 37. tit. 1.

De bonorum Poſſeſſionibus.

Ratio ordinis: bonorum poſſeſſio quid: argumentum tituli.

EX quatuor acquirendi per universitatem modis propoſitis §. *ult. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* primus & præcipuus expoſitus eſt, ſcilicet ratio acquirendæ hæreditatis jure Civili tum teſtamento tum ab inteſtato delatæ.

Succedit nunc ſpecies acquiſitionis ejuſdem generis ſecunda, ſeu ea hæreditatis acquirendæ ratio, quæ eſt ex jure prætorio per bonorum poſſeſſionem: de qua hoc titulo ex profeſſo nunc Imperatór tractat. Nam quod ſubinde etiam ſupra de jure prætorio diſputatum eſt, id factum per occaſionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum poſſeſſio, finitore Ulpiano *l. 3. §. 2. hoc tit.* eſt jus perſequendi retinendive patrimonii, ſive rei, quæ cujusque, cum moritur, fuit. Non ergo bonorum poſſeſſio hic accipitur, uti poſſeſſio illa rerum ſingularium, quæ facti eſt, & corporalis detentionis, de qua *tit. ff. & C. de acq. poſſ.* Sed tota juris eſt, & dominium tribuit: ut hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum poſſeſſio vi ipſa nihil aliud eſt, quam hæreditas, *d. l. 3. in pr. & § 1. l. 1. & l. 2. eod. l. 117. de reg. jur.* unde Græcis dicitur πραιτωρία διαδοχή. Tantum in tempore & modo acquirendi diverſitas eſt. De fine bonorum poſſeſſionis, tum quam ea vim & unde habeat, primum hic exponitur: deinde ſpecies ejus eo ordine, quo edicto propoſitæ fuerunt, recenſentur; ac mox quibusdam remotis quædam tranſponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum poſſeſſionis petendæ.

TEXTUS.

Cur introductæ bonorum poſſeſſiones; & quis ſit earum effectus.

Jus bonorum poſſeſſionis introductum eſt à prætore emendandi veteris juris gratia. Nec ſolum in inteſtatorum hæreditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, ſicut ſupra dictum eſt; ſed in eorum quoque, qui teſtamento facto deceſſerint. Nam ſi alienus poſthumus hæres fuerit inſtitutus, quamvis hæreditatem jure civili adire non poterat, cum inſtitutio non valebat; honorario tamen jure bonorum poſſeſſor efficiebatur; videlicet cum à prætore adjuvabatur. Sed & is à noſtra conſtitutione hodie recte hæres inſtituitur, quaſi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, ſed magis confirmandi gratia, prætor pollicetur bonorum poſſeſſionem. Nam illis quoque, qui recte teſtamento facto, hæredes inſtituti ſunt, dat ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem. Item ab inteſtato ſuos hæredes, & agnatos, ad bonorum poſſeſſionem vocat. Sed & remota quoque bonorum poſſeſſione ad eos pertinet hæreditas jure civili. Quos autem ſolus prætor vocat ad hæreditatem, hæredes quidem ipſo jure non fiunt: nam prætor hæredem facere non poteſt: per legem enim tantum, vel ſimilem juris conſtitutionem hæredes fiunt, vel per Senatusconſulta, & conſtitutiones principales: ſed cum eis prætor dat bonorum poſſeſſionem, loco hæredum conſtituuntur & vocantur bonorum poſſeſſores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum poſſeſſionibus dandis, dum id agebat, ne quis ſine ſucceſſore moreretur. Nam anguſtiſſimis finibus conſtitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hæreditatum prætor ex bono & æquo dilatavit.

NOTÆ.

Bonorum possessionib.] Hæc ſecunda ſpecies eſt acquiſitionis per univerſitatem earum quatuor, quæ propoſitæ *ſup. §. ult. per quas perſ.* Bonorum poſſeſſio vi ipſa nihil aliud eſt, quam hæreditas, *l. 2. & 3. h. t. l. 117. de reg. jur.* Græci ἀγαθῶν διακατοχὴν appellant, & πραιτωρίαν διαδοχήν.

A nostra constitutione] Hæc conſtitutio non extat fac. *d. §. 26. ſup. de legat.*

Ipso Jure non fiunt] Ipſo jure hic idem valet, quod jure civili, ut & alibi *§. 11 inf. de act. §. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. uſuf. qu. cau.* Igitur hæredes ipſo jure non fiunt, id eſt, non fiunt jure civili hæredes, etſi adeant hæreditatem aut pro hærede gerant, Alio ſenſu ſui dicuntur ipſo jure hæredes exiſtere.

Per senatus consulta] *l. 9. d. t. ſup. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

Constitutiones principum] Exempl. habes *§. 3. & 4. ſup. de leg. agn. ſucc. l. pen. & ult. Cod. de leg. hær.*

Alios

ALIOS COMPLURES GRADUS] Id eſt, ordines, τάξεις, ut ſæpe alibi, *l. 1. §. 1. unde liberi, l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in bon. poſſ.*

EX BONO ET ÆQUO] Nam prætor & alios ſucceſſorum ordines fecit, & ordinum graduumque ſucceſſionem admiſit *tit. de ſucceſſ. edict.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo prætor circa ſucceſſiones jus vetus emendarit.*
2. *Quænam bonorum poſſeſſiones juris civilis confirmandi gratia introducta: & quam utiliter.*
3. *Qui jure civili ſuccedere poſſunt, ſi malint honorario, hæredes, an bonorum poſſeſſores efficiantur.*
4. *Cur prætor hæredem facere non poſſit.*
5. *Bonorum poſſeſſores vi ipſa hæredes eſſe, & jure prætorio dominium rerum ſingularum conſequi: quod à plerisque minus bene perceptum.*
6. *Scopus prætoris in introducendis bonorum poſſeſſionibus.*

EMendandi juris veteris gratia] Supra didicimus, legem 12. tabb. ſucceſſiones ab inteſtato tam anguſtis finibus concluſiſſe, ut intra ſuorum hæredum & agnatorum ordinem conſiſteret. Poſtea vero multas perſonas, tum inter ſuos hæredes, tum inter agnatos, vocatas à prætore, Senatusconſultis, conſtitutionibus. Prætorem etiam tertium ordinem feciſſe, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. Hoc ſignificat Juſtinianus, cum ait, prætorem bonorum poſſeſſiones introduxiſſe emendandi juris veteris cauſa. Emendavit enim laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis, liberis emancipatis, cognatisque ad ſucceſſionem viam aperuit. Ajo, jure civili neglectos: nam capere nominatim prohibitis prætor non ſuccurrit, ne directo, quod non poteſt, contra leges faciat. *l. non eſt 12. §. 1. hoc tit. l. 12. §. 4. de pub. in rem act.* Simili quoque correctione, & quadam velut impugnatione juris civilis uſus eſt prætor & in hæreditatibus eorum, qui teſtati deceſſerunt, dando bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas poſthumis alienis hæredibus inſtitutis, *l. 3. ſec. tab.* & contra tabulas liberis emancipatis præteritis *§. eadem 12. ſup. de hær. quæ ab int. def.*

Si alienus poſthumus] Quis dicatur ſuus, quis alienus poſthumus; item cur alienus poſthumus jure civili hæres inſtitui non potuerit, neque legatum capere; diligenter expoſuimus *lib. 2. ſub tit. de legat. §. poſthumo 26. add.* & quæ ſub *§. 2. ſupra de exhær. liber.*

Honorario jure bonorum poſſeſſor.] *d. l. 3. ſecund. tab. l. 5. de inoff. teſt.* Atque ad effectum hujus juris, & ſimul inſtitutionis & legati, reſpiciens, dixit alibi, poſthumum alienum etiam olim hæredem inſtitui potuiſſe, *§. poſthumus 28. ſup. de legat.* quod multis ibi argumentis confirmavimus.

Sed magis confirmandi gratia] Ait, quaſdam bonorum poſſeſſiones à prætore etiam confirmandi, id eſt, adjuvandi juris veteris gratia introductas: idque declarat duplici ſpecie bonorum poſſeſſionis: quarum una ex teſtamento ſecundum tabulas, quam etiam recte inſtitutis hæredibus prætor polliceatur; altera ab inteſtato; eaque item duplex, unde liberi & unde legitimi; quarum ad illam etiam ſuos hæredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure cenſentur, invitet. 2

Hæredes inſtituti] Hæredi teſtamento recte inſtituto ſcimus neceſſariam non eſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, cum adita hæreditate jure civili hæres fiat. Exiſtimo etiam, prætorem ab initio bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas jure civili ſcriptas perfectasque pollicitum non eſſe, ſed ſecundum eas duntaxat, quæ ipſius inſtituto ſcriptæ fuerant, quarum formam jus civile, quo ſolo hæreditas defertur, ignorabat, hoc eſt, quæ ſeptem teſtium ſignis erant obſignatæ, *l. 2. C. ſec. tab.* aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel teſtamentum ruptum irritumve factum fuerat. *Ulpian. tit. 23. §. ſi ſeptem & tit. 28. §. etiamſi l. poſthum. 12. de injuſt. rupt. irrit. §. non tamen ſup. quib. mod. teſt. infirm.* Cæterum progreſſu temporis jus prætorium creviſſe, inolevisſeque, ut etiam qui recte hæredes inſtituti erant, aliique, qui jure civili hæreditatem adeundo conſequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis prætoriis uterentur, veluti interdicto quorum bonorum, *l. 1. quor. bon.* vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum poſſeſſoribus, quam cum hæredibus, *l. 3. §. acquirere 7. hoc tit. l. 1. & ult. qui adm. ad bon. poſſ.* bonorum poſſeſſionem peterent: edictumque poſtea plenius conceptum. Hotomannus putat, per bonorum poſſeſſionem etiam acquiri poſſeſſionem ipſarum rerum, qui manifeſtus error eſt: non enim magis agnoſcendo bonorum poſſeſſionem rerum ſingularum poſſeſſionem adipiſcimur, quam adeundo hæreditatem, *l. 3. pr. §. 1. & 2. hoc tit. junct. l. cum hær. 23. de acq. poſſ.* Sed & ſi quis res defuncti corporaliter poſſideat, eum tamen neceſſe eſt bonorum poſſeſſionem à prætore obtinere, ut in naturali rerum ſingularum poſſeſſione defendatur. *Weſemb. par. hoc tit. num. 8. D. Diod. Tulden. in comm. hic cap. 1.*

Suos hæredes & agnatos] Suos hæredes ad bonorum poſſeſſionem *unde liberi*, agnatos ad bono-

rum poſſeſſionem *unde legitimi.* Licet enim his bonorum poſſeſſio non ſit neceſſaria, (utpote qui etiam remota ea jure civili hæreditatem obtineant) & adſpectu principalis ſcopi bonorum poſſeſſio unde liberi comparata ſit emendandi juris civilis gratia, ſuccurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoſcit: *§. emancipatis 9. ſup. de hær. qua ab int.* tamen ſuos etiam hæredes prætor edicto complexus eſt: *l. 1. unde liberi* & agnatos quoque & cæteras perſonas legitimas vocavit *tit. unde legitimi:* nec quod iis conceſſerat, quos ſolus ipſe vocat, denegaſſe illis videretur, quos vocat potentior: inque eo juris civilis ſe adjutorem præbuit. Ὀυκ ἔςι δυσχερὴς ὁ πραίτωρ, ait Theoph. & Theod. Hermop. ad *l. 117. de reg. jur.* ὁ πραιτώρι@ νόμ@ φιλανθρώπ@, *jus prætorium humanius eſt.* Hinc illuſtratur *l. 7. §. 1. de juſt. & jur. & § prætorum ſup. de jur. nat. gent. & civil.*

3 *Solus vocat prætor*] Quid ergo ſi quis teſtamento hæres inſtitutus aut agnatus proximus inteſtati, quos ſolus prætor non vocat, ſed quibus liberum eſt vel hæreditatem adire, vel ex edicto bonorum poſſeſſionem accipere, *l. 2. §. ſi duo 8. ſec. ab.* hoc, quam illo jure, ſuccedere maluerint? Hos etiam non hæredes, ſed bonorum poſſeſſores effici, ac proinde non directis, ſed utilibus actionibus uſuros, recte cenſet *Ioh Fab.* Quin amplius, nec ſuum hæredem, qui ſecundum tabulas aut unde liberi accepit, exiſtimo alias, quam utiles & prætorias actiones, exerciturum; directasque, quæ apud eum remanent, quia ipſo jure hæres extitit, eſſe ſine effectu, *arg. l. 7. ſed quod Papinianus de minorib. l. ei qui 88. de hæred. inſtit.*

4 *Prætor hæredem facere non poteſt*] Hæredem facere eſt juſtum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod ſolius legis eſt, utpote quæ rebus omnium, tanquam regina & domina præſidet: *l. 2. de legibus*, aut ejus, qui ſimilem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit ſenatus, uti docet *l. non ambigitur 9. de legib.* & oſtendunt Senatusconſulta Tertyllianum & Orficianum; non prætoris, qui nudus fuit magiſtratus, δικαιοδότης non νομοθέτης qui tamen tacite conſentiente populo, hoc uſurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, ſed tamen præter rationem juris conſtitui ex æquo & bono conſtitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt, *vid. not. ſub §. prætorum 7. ſup. de jur. nat. gent.*

Loco hæredum conſtituuntur] Prætor ſucceſſores ſuos, quos hæredes facere non potuit, bonorum poſſeſſores appellavit, iisque utiles actiones dando effecit, ut vicem hæredum obtinerent, imo vi ipſa ut hæredes eſſent, *l. 1. 2. 3. hoc tit.* Unde eſt, quod hæredis appellatio etiam bonorum poſſeſſori abſolute tribuitur, & perpetuo appellatione hæreditatis bonorum quoque poſſeſſio venit, *l. hæreditatis 138. de verb. ſign. l. in conditionibus 19. §. 2. de cond. & demonſt. l. 1. §. bonorum 7. ad Senatusc. Treb. l. ultim. C. qui admit. ad bon. poſſ.* Sed & paſſim noſtri bonorum poſſeſſores vocant ſucceſſores honorarios, *l. ſed & ejus 24. §. 1. fam. erc. l. ſi ſine 9. §. illud 6. de interr. in jur. l. 10. ad Senatusconſ. Vell. l. 1. §. nec non 8. ut leg. nom. cau.* Cum ergo bonorum poſſeſſores jus hæredum conſequantur, etiam dominium eos conſequi neceſſe eſt, & quidem rerum ipſarum ſeu proprietatem ipſam, uti hoc diſerte traditum eſt ab Ulp. *l. 1. hoc tit.* dominium, inquam, non utique directum aut ex jure quiritiarium ſeu legitimum, ſed utile ſive bonitarium, aut ſi mavis, dominium prætorium: nam bonorum poſſeſſor hæres honorarius eſt, hæres vero dominum ſignificat. Itaque quem prætor ſecundo decreto in poſſeſſionem mittit, dominus etiam conſtituitur, *l. ſi finita 15. §. Julianus 16. & §. poſtea 33. de dam. inf.* Perſpicuum eſt igitur, eos errare, ut leviſſime dicam, qui contendunt, prætorem nihil aliud tribuere bonorum poſſeſſori, quam rerum poſſeſſionem; quippe quæ nihil cum dominio commune habet, *l. 12. §. 1. de acq. poſſ.* imo quam nec tribuit prætor, & quæ nemini acquiritur, niſi qui eam naturaliter apprehenderit, *l. 1. paſſim de acq. poſſ.* Dominii quoque poſſeſſionis, quale alii tantum ſucceſſoribus honorariis tribuunt, merum commentum eſt. Clariſſimus D. Tuldenus ſic hæc explicat; hæreditas, inquit, quia ſucceſſio eſt in univerſum jus defuncti, ſtatim ut adita eſt, tribuit dominium rerum hæreditariarum. Non par vis inquit, bonorum poſſeſſioni; quippe quæ tantum facultatem tribuit perſequendi. Hæc ille. At enim vero ſi rem ſpectemus, par utrique & eadem vis: nam & bonorum poſſeſſio non minus quam hæreditas, eademque ratione, qua hæreditas, ſucceſſio eſt in univerſum jus defuncti, & ipſa quoque ſimul atque admiſſa eſt, dominium jure prætorio tribuit æque ac hæreditas jure civili: textus ſunt expreſſi & clari *in l. 1. l. 3. in tr. h. t.* Res hæc ideo minus recte vulgo percepta eſt, quod in deſcribenda tum hæreditate tum bonorum poſſeſſione Juriſconſulti improprie locuti ſunt, nec vero, ſed tropico genere uſi, nam neque hæreditas proprie ſucceſſio eſt, ut abunde demonſtravimus ſub *tit. de reb. corp. & incorp.* neque bonorum poſſeſſio poteſtas perſequendi, ſed utraque nihil aliud, quam univerſum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & hæres ſuccedens & bonorum poſſeſſor, ille ſcilicet adeundo, hic bona apud magiſtratum amplectendo, dominium rerum ſingularum ſtatim nanciſcuntur, ille civile, hic prætorium, & conſequenter jus eas res perſequendi, ille directis & civilibus, hic utilibus & honorariis actionibus.

Et alios complures gradus] Id eſt, ordines: eſt enim hoc noſtris non infrequens, ut ordines ſucceſſionum ab inteſtato gradus quoque appellent, *l. 1. §. 1. unde liberi l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in poſſ.* Unde etiam interpres Novellarum, quod in textu Græco, *Nov. 118.* in pr. legitur, πᾶσα ἡ τοῦ γένους ἐξ ἀδιαθέτου διαδοχὴ τρισὶ γνωρίζεται τάξεσι, reddidit, tribus cognoſcitur gradibus, id eſt, βαθμοῖς: ut nihil cauſæ videam, quamobrem hoc carpſerit Bern. Suholt. *diſſ. 11. n. 42.* Sunt autem inteſtati gradus ſeu ordines, præter enumeratos liberorum & legitimorum, nunc adhuc duo, cognatorum, & unde vir & uxor, *d. l. 1. §. 1. & d. l. un.*

Ex æquo & bono dilatavit] Scopus hic prætori in introducendo jure bonorum poſſeſſionis propoſitus fuit, amplificare jus percipiendarum ab inteſtato hæreditatum, quod lex 12. tabb. familiæ finibus ita concluſerat, ut ſuos tantum hæredes, & poſt hos, agnatos ſolos admitteret, atque ita admitteret, ut in eorum hæreditatibus ſucceſſioni locum non daret, hoc eſt, ut proximo deficiente vel repudiante, inſequentis gradus agnatos non admitteret, *§. placebat 7. ſup. de leg. agn. ſucceſſ.* Prætor autem alios ordines fecit, ordinumque & graduum ſucceſſionem admiſit *tit. de ſucceſſ. edict.*

TEXTUS.

De ſpeciebus ordinariis. Jus vetus.

1. *Sunt autem bonorum poſſeſſiones, ex teſtamento quidem hæ: prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque* contra tabulas. *Secunda, quam omnibus jure ſcriptis hæredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur* ſecundum tabulas. *Et cum de teſtatis prius locutus eſt, ad inteſtatos tranſitum fecit. Et primo loco ſuis hæredibus, & iis, qui ex edicto prætoris inter ſuos hæredes connumerantur, dat bonorum poſſeſſionem, quæ vocatur* unde liberi. *Secundo legitimis hæredibus. Tertio decem perſonis, quas extraneo manumiſſori præferebat. Sunt autem decem perſonæ hæ; Pater, mater, avus, avia tam paterni quam materni: item filius, filia; nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia; frater ſororve conſanguinei vel uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto* tanquam ex familia. *Sexto patrono patronæque, liberisque eorum & parentibus. Septimo, viro & uxori. Octavo cognatis manumiſſoris.*

NOTÆ.

1. PRIMA, QUÆ PRÆTERITIS LIBERIS] *l. un. quis ord. in bon. poſſ.* Ulp. *tit. 28.* vid. *ſup. §. 3. de exhib. lib. & D. de bon. poſſ. cont. tab.*

DECEM PERSONIS] Ulpian. *apud Licin. Rufin. tit. 16.*

EXTRANEO MANUMISSORI] Id eſt, imaginario emptori, cui pater filium non contracta fiducia mancipaverat Cujac.

COGNATI MANUMISSORIS] *§. pen. ſup. de ſucc. libert. Ulp. tit. 28. §. 6.*

COMMENTARIUS.

1. *Quo ſenſu bonorum poſſeſſio contra tabulas dicatur eſſe ex teſtamento, cum per eam ſuccedatur ab inteſtato. Quod à paucis obſervatum.*
2. *Cur ea primo loco in edicto propoſita.*
3. *Extraneus manumiſſor quis dicatur.*
4. *Quid per familiam ſignificetur in ea, quam prætor quinto loco propoſuit.*

HAbemus hic catalogum veterum bonorum poſſeſſionum, earumque gradus, uti quæque edicto propoſita fuit. Similis eſt apud Ulpian. *tit. 28. §. inteſtati 6.* Percurramus ſingula.

Ex teſtamento quidem hæ] Bonorum poſſeſſio, itidem ut jure civili hæreditas, defertur aut teſtamento, aut ab inteſtato. Quæ teſtamento facto competit, ea duplex eſt, contra tabulas, & ſecundum tabulas; quarum hæc etiam ex teſtamento eſt, ita ut per eam etiam ſuccedatur ex teſtamento: illa ex teſtamento non eſt, ne quis erret; cum enim detur contra teſtamentum, per eam teſtamentum oppugnetur atque evertatur, *l. 1. in pr. de legat. præſt. l. ut liberis 17. in pr. C. de collat.* ex teſtamento eſſe dici non poteſt, neque per hanc bonorum poſſeſſionem ex teſtamento ſuccedi: ſed uti reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento res ad cauſam inteſtati redit, *l. 6. §. 1. l. eum qui 21. §. 2. de inoff. teſt.* eodem modo reſciſſo teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, liberi præteriti jure prætorio ab inteſtato ſuccedunt, uti diſerte ſcriptum eſt in *d. l. liberis 17. C. de collat.* Quamobrem quod hic Imperator etiam bonorum poſſeſſionem contra tabulas dicit eſſe ex teſtamento, certum eſt id improprie atque abuſive ab eo dici, nec alio ſenſu, quam quod ea locum non ha-

habeat, niſi defunctus teſtamento facto deceſſerit; atque ob hanc ſolam cauſam contra tabulas bonorum poſſeſſio opponitur ſucceſſioni inteſtati, meræ ſcilicet illi, ſeu cum nullæ tabulæ factæ ſunt, *l. 1. in pr. & §. recte autem 5. unde lib. l. 4. C. de collat.* non, inquam, ut ſucceſſio ex teſtamento, ſed ejus, qui facto teſtamento deceſſit. Quod idcirco monendum fuit, quia a paucis obſervatum.

Quæ præteritis liberis] Præteritis liberis datur bonorum poſſeſſio contra tabulas patris aut cæterorum parentum per patrem conjunctorum; *ff. & C. de bon. poſſ. cont. tab.* quæ ſpecies à nobis expoſita eſt ſub *§. eadem 12. de hær. quæ ab int. & §. 3. ſup. de exhær. lib.* Sunt & aliæ ſpecies bonorum poſſeſſionis contra tabulas; veluti ea, quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti, *§. 1. ſup. de ſucceſſ. libert.* item quæ datur patri adverſus tabulas filii, quem emancipavit, *l. 1. ſi apparent. quis man.*

Secundum tabulas] Quod ſi hæres non ſcriptus teſtamento, ſed nuncupatus ſit, datur ſecundum nuncupationem, *l. 2. C. de bon. poſſ. ſec. tabb.* Datur, ſi modo tabulæ recte factæ ſint. Enimvero prætor non omnes hic ſolemnitates juris civilis deſiderat, ſed hoc tantum requirit, ut ſeptem teſtium ſignis tabulæ ſignatæ ſint. Secundum nuncupationem quoque non aliter dat, quam ſi teſtator voluntatem ſuam rite decla-
2 raverit. Illa autem contra tabulas & in edicto & primo loco propoſita eſt, quoniam, ſi eo teſtamento, quo de agitur, liberi defuncti præteriti ſint, ad hos prius contra tabulas pertinet, nec ante ad ſcriptos hæredes pervenitur, quam liberi bonorum poſſeſſione contra tabulas excluſi ſint *l. 2. in pr. ſec. tab.* Quod ſi ſcripti præmature ſecundum tabulas impetrarint, ea ſine re futura eſt, ſi liberi poſtea ſuo jure utantur De quo plura ſcripſimus ſub *tit. de exhær. lib. ad calcem pr.*

Vnde liberi] Patre inteſtato mortuo datur liberis bonorum poſſeſſio, quæ *unde liberi* dicitur introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, *§. emancipati ſup. de hær. quæ ab int.* ſed interim tamen & ſuis hæredibus edicto propoſita, *l. 1. §. liberos und. lib.*

Secundo legitimis hæredibus] quæ dicitur *Vnde legitimi*: & generaliter omnibus defertur, quibus lex aut ſenatus defert hæreditatem. Unde & mater, quæ ex Senatusconſulto Tertylliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum poſſeſſionem petere poſſunt, *l. 2. §. ult. l. 3. und. legit. vid. ſup. de leg. agn. ſucc. & 2. tit. ſeq.*

3 *Tertio decem perſonis, quas extraneo manumiſſori*] Extraneus manumiſſor patri manumiſſori opponitur. Eſt autem extraneus manumiſſor emptor ille imaginarius ſeu pater fiduciarius, qui filium à patre naturaliter venditum ſibi, ter ipſe manumiſit, nullo fiduciæ pacto interpoſito, ut poſt tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tanquam patrono jure civili legitima hæreditas deferebatur, excluſo patre naturali, cæteriſque perſonis, quæ hic enumerantur, videſis quæ *ſup. §. ult. de leg. agn. ſucc. & ſub §. præterea, quibus mod. jus pat. pot. ſolu.* quod prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum poſſeſſionem intelligit Modeſtin. *l. ſi ad patrem 19. de ſuis & legit.* Ait *decem perſonis.* Totidem eædemque perſonæ præferuntur fiſco in iis, quæ à viro relicta ſunt mulieri, ſi eum non eluxerit, *l. 1. C. de ſec. nupt.*

Quinto tanquam ex familia] Ita legitur in vulgatis & apud Theoph. Cujacius reponit, *tum quem ex familia.* Alii aliter. Puto autem, familiam ſignificari patroni, id eſt, hac bonorum poſſeſſione vocari patroni agnatos. Certe hos etiam ad ſucceſſionem liberti admiſſos fuiſſe conſtat, *l. 3. §. utique 9. de ſuis & leg. l. liberto 17. de bon. libert.* ut vero non ſit ſimile, eos hic eſſe omiſſos. Nec me movet, quod hac explicatione admiſſa invertitur ordo ſuccedendi, cum patronus familia ſua ſit potior. Nam Tribonianus, cui propoſitum fuit tollere bonorum liberti poſſeſſiones, neceſſe non habuit accurate ordinem obſervare: quod fortaſſis nec ipſe prætor fecit. Quod ſi hæc ad familiam liberti referri volumus intelligendi erunt liberti quaſi agnati. Ut verbi cauſa, ſi alter ex duobus fratribus manumiſſis filium genuerit, hic filius tanquam agnatus ad patrui ſui bonorum poſſeſſionem admittatur. Sed vix eſt, ut hoc obtinuiſſe credam; cum utique tales perſonæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sexto patrono patronæque] Qui etiam in ſecundo ordine ex edicto unde legitimi venire poſſunt, *l. 2. §. 1. l. 3. unde legit.*

Septimo viro & uxori] Hæc ſeptima bonorum poſſeſſio, *unde vir & uxor dicta*, viro & uxori defertur, excluſo fiſco, qui alioqui bona vacantia occuparet, *l. un. ff. & C. unde vir. & ux.*

Octavo cognatis manumiſſoris] Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii, prætorem etiam ſeparatim de bonorum poſſeſſionibus libertorum edixiſſe, eaſque ſimiliter ut ingenuorum propoſuiſſe tribus diſtinctis ordinibus, quorum in primo promiſerit patronis eorumque liberis & parentibus, in ſecundo quaſi agnatis eorum, in tertio cognatis.

TEXTUS.

Jus Novum.

2. Sed eas quidem prætoria introduxit juriſdictio: à nobis tamen nihil incurioſum prætermiſſum eſt: ſed noſtris conſti-

tutioni-

tutionibus omnia corrigentes, contra tabulas *quidem*, & ſecundum tabulas *bonorum poſſeſſiones admiſimus, utpote neceſſarias conſtitutas: nec non ab inteſtato*, unde liberi, & unde legitimi, *bonorum poſſeſſiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco poſita fuerat, id eſt*, unde decem perſonæ, *eam pio propoſito & compendioſo ſermone ſupervacuam oſtendimus. Cum enim privata bonorum poſſeſſio decem perſonas præponebat extraneo manumiſſori, noſtra conſtitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eiſdemque manumiſſoribus, contracta fiducia manumiſſionem facere dedit; ut ipſa manumiſſio eorum hoc in ſe habeat privilegium, & ſupervacua fiat ſupradicta bonorum poſſeſſio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum poſſeſſione in gradum ejus ſextam antea bonorum poſſeſſionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerat ſeptimo loco bonorum poſſeſſio*, tanquam ex familia: *& octavo*, unde patroni patronæque, liberi & parentes eorum, *utramque per conſtitutionem noſtram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad ſimilitudinem ſucceſſionis ingenuorum libertinorum ſucceſſiones poſuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut ſit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia; ſufficit eis tam* contra tabulas *bonorum poſſeſſio, quam* unde legitimi, *&* unde cognati, *ex quibus poſſunt ſua jura vindicare, omni ſcrupuloſitate & inextricabili errore iſtarum duarum bonorum poſſeſſionum reſoluto. Aliam vero bonorum poſſeſſionem, quæ* unde vir & uxor *appellatur, & nono loco inter veteres bonorum poſſeſſiones poſita fuerat, & in ſuo vigore ſervavimus, & altiore loco, id eſt, ſexto eam poſuimus: decima quoque veteri bonorum poſſeſſione, quæ erat* unde cognati manumiſſoris *propter cauſas enumeratas merito ſublata, ut ſex tantummodo bonorum poſſeſſiones ordinariæ permaneant, ſuo vigore pollentes.*

NOTA.

NOSTRA CONSTITUTIO] Extat *in l. ult. Cod. de emanc. lib.* vid. *ſup. §. 6. quib. jus med. pat. pot.*

USQUE AD QUINTUM GRADUM] Tam liberorum patroni, quam ex transverſo conjunctorum, ut recte Cujac. & verba conſtitutionis oſtendunt, *d. §. 3. de ſucc. libert.* à nobis relata. Errat igitur cum Mynſing. Pacius *in margine.*

COMMENTARIUS.

1. *Ex bonorum poſſeſſionibus retentis, primæ quatuor quando neceſſariæ, quando utiles tantum.*
2. *Hodie nullam harum trium, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, neceſſarium eſſe: & vix ullam earum utilem.*
3. *Septima & octava quare ſublatæ. Ubi quædam illuſtrantur ex conſtitutione Græca.*
4. *Solam unde vir & uxor jure noviſſimo neceſſariam.*

HOc §. removet quasdam ſpecies ex iis, quæ præcedenti §. recenſitæ ſunt, atque in earum locum quasdam transponit, quas ſervat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum poſſeſſiones, tam quæ teſtamento facto competunt, quam quæ ab inteſtato, quas modo ſeparatim & diſtincte conſideravit. Unde fit, ut verbi cauſa, bonorum poſſeſſio *unde cognati*, quæ modo illi quarta fuit, hic ſexta numeretur.

Utpote neceſſarias] Ait, ſe quatuor primas bonorum poſſeſſiones, nempe *contra tabulas, ſecundum tabulas, unde liberi, & unde legitimi*, retinuiſſe; utpote quarum uſus ſit neceſſarius, aut certe, quod intelligendum eſt, utilis. Equidem bonorum poſſeſ-

poſſeſſio *contra tabulas* liberis emancipatis omnino neceſſaria erat; quippe qui jure civili pro extraneis habiti; adeoque adhuc hodie eſt, ut defendimus *ſup. ad pr. & §. 2. de inoff. teſtam* ſuis vero hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc eſt neceſſaria. *Secundum tabulas* neceſſaria olim poſthumo alieno hæredi inſtituto, nunc non eſt, *ſup. eod. in pr.* Cæteris hæredibus teſtamento facto ſcriptis nec olim, nec nunc neceſſaria, ſed utilis duntaxat: neceſſaria tamen, ſi quid ſolennitatis jure civili requiſitæ deſit. Cæterum tunc ſæpe ſine re aut effectu eſt, proximis ab inteſtato hæreditatem evincentibus. *Vlp. tit. 28. §. ult.* *Vnde liberi* non neceſſaria ſuis hæredibus; quippe qui ipſo jure hæredes exiſtunt: neceſſaria emancipatis: at hodie ne his quidem. Nam cum noviſſima Juſtiniani lege idem jus, in ſucceſſione ab inteſtato emancipatis tributum ſit, quod ſui habent, *Nov. 118*, certe prætoris auxilio non amplius indigent; quamvis nihilominus ad acquirendam hæreditatem neceſſaria illis ſit aditio. Sed neque bonorum poſſeſſio *unde legitimi* neceſſaria. Quippe cum agnati ex lege 12. tabb. cæteræ legitimæ perſonæ ex Senatusconſultis aut conſtitutionibus, quibus jus agnationis iis datum eſt, ſuccedere poſſint, *l. 3. unde legit.* A prætore cuiquam jura legitimæ ſucceſſionis data non legimus. Hodie hæc ſpecies una fere eſt cum *unde cognati.*

Vnde decem perſonæ] Hanc bonorum poſſeſſionem ſponte evaneſcere neceſſe fuit, nullumque ejus uſum relinqui, ex quo extranei manumiſſores, quibus ea decem memoratas perſonas præponebat, eſſe deſierunt. Deſierunt autem poſtquam Juſtinianus emancipationem fieri voluit ſola profeſſione patris, apud competentem magiſtratum denunciantis, ſe filium de manu ſua ac poteſtate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumiſſionum ritu ſublato, *l. ult. C. de emanc. lib.* nam ex eo tempore non alius, quam parens naturalis filii emancipati manumiſſor exiſtere potuit. Ceſſante igitur bonorum poſſeſſione *unde decem perſonæ*, locum ejus occupare juſſit bonorum poſſeſſionem *unde cognati*: quæ olim neceſſaria hodie non eſt poſt juris agnatorum

2 & cognatorum confuſionem. *Nov. 118.* Itaque tres illæ bonorum poſſeſſiones, *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, nullam neceſſitatem, imo vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine ſuccedentium, ſublataque vereri ſexus, familiæ, agnationiſque prærogativa. Atque in hoc omnes fere conſentiunt. *Chr. ſtin. vol. 4. deciſ. 1.*

Tanquam ex familia & unde patroni] Ait, ſe haſce duas bonorum poſſeſſiones, *Tanquam ex familia*, & *unde patroni liberique & parentes eorum*, ſuſtuliſſe conſtitutione ſua de jure patronatus. Hæc eſt eadem illa Græca conſtitutio, cujus ſuperius quoque aliquoties meminit, & qua totam ſe cauſam ſucceſſionis libertorum plene definiviſſe teſtatur, *§. 3. de ſucc. libert.* Non extat conſtitutio; ſed epitomen ejus nobis ex Baſilicis repræſentat Cujacius *lib. 20. obſ. 34.*

Ad ſimilitudinem ſucceſſionis ingenuorum] Hujus loci non hæc ſententia eſt, Juſtinianum in ſucceſſione libertorum inter ſe, aut in ſucceſſione cognatorum liberti (agnatos, ut ſæpius jam dictum eſt, liberti nullos habent) eadem jura conſtituiſſe, quæ in ſucceſſione ingenuorum: ſed hæc, voluiſſe ſimili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos, ſuccedere liberto, qua ſuccedi tur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox ſubjiciuntur, liquet. Ita quoque ſupra *d. §. 3. in fin. de ſucc. libert.* ait, ſe bene concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſſionibus feciſſe; cum tamen ibi tantum definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati ſuccedant libertis.

Vſque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quam agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod oſtendit ipſa conſtitutio, in qua hæc legimus; ἕως τοῦ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν τὸν ἀπελεύθερον Falluntur igitur Mynſin. & Pacius, dum verba textus reſtringunt ad eos, qui ex tranſverſo patrono juncti. In ſumma, hanc differentiam Juſtinianus eſſe voluit ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſſionibus, ut licet illæ laxius deferantur, hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni conſiſterent, *d. §. 3. de ſucc. libert.* in cujus §. fine ob hanc cauſam particula *(pene)* addita eſt.

Sufficit eis contra tabulas] Si libertus liberos non habens teſtamento ſuo patronū præteriiſſet, aut minus parte dimidia bonorum reliquiſſet, dabatur edicto prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum poſſeſſio, *§. 1. d. tit. d. ſucc. libert.* Juſtinianus pro dimidia tertiæ tantum partis dari voluit, *d. §. 3.* Ad hanc tertiæ partis bonorum ſucceſſionem admittuntur ſoli patroni eorumque liberi; non etiam qui ex latere veniunt. Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem conſtitutione expreſſum eſt: ſic enim definit, ut in propoſito tertiæ partis bonorum poſſeſſionem petere poſſint ὁ πάτρων καὶ ἡ πατρώνισσα καὶ παῖδες αὐτῶν οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων καὶ μόνοι οἱ περαιτέρω αὐτῶν κατιόντες, ἢ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσιν ταῖς ἐναντίωσιν τῆς διαθήκης, &c. 3

Vnde legitimi, & unde cognati] Itaque liberto inteſtato ſine liberis mortuo, patronus, liberi ejus agnati & cognati ex iſtis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Vnde vir & uxor] Hanc ſervatam Juſtinianus proximo loco ab illa *unde cognati* collocavit, agmen-

menque ordinariarum claudere juſſit. Eſt inter eas, quæ ab inteſtato promittuntur, ſola etiam nunc neceſſaria. Illa alia ſucceſſionis ſpecies eſt, per quam conjux inops ad partem vocatur, *auth. præterea. C. und. vir. & ux.*

Unde cognati manumiſſoris] Quippe quibus ſufficit generalis *unde cognati*, ut modo dictum eſt. Igitur ſuſtulit Juſtinianus tres illas bonorum poſſeſſiones, quæ patrono ejusque liberis & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis, dabatur.

Sex bonorum poſſeſſiones ordinariæ] Duæ facto teſtamanto, *contra tabulas* & *ſecundum tabulas*; quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi*, *unde legitimi, unde cognati*, & *unde vir & uxor*. Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l. 1. quis ord. in poſſ. § cum igitur 4. inf. hoc tit.* quæ ſequuntur ſunt extraordinariæ.

TEXTUS.

Species extraordinaria.

3. *Septima eas ſecuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Noviſſime enim promittitur edicto iis etiam bonorum poſſeſſio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconſulto, vel conſtitutione comprehenſum eſt: quam neque bonorum poſſeſſionibus, quæ ab inteſtato veniunt, neque iis, quæ ex teſtamento ſunt, prætor ſtabili jure connumeravit: ſed quaſi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodavit, ſcilicet iis, qui ex legibus, Senatusconſultis, conſtitutionibusve principum, ex novo jure, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato veniunt.*

NOTA.

3. LEGE VEL SCTO] *l. un. D. ut ex legib. SCtis vel conſtit. bon. poſſ.* Diſtinguitur etiam bonorum poſſeſſio in edictalem & decretalem, *l. 1. §. 7. de ſucc. edict. l. 1. §. 4. unde lib. l 30. §. 1. de acquir. hær.* illa ex ipſo edicto ſine decreto aut cauſæ cognitione poſtulanti datur, ac proinde de plano peti poteſt; quales natura ſua omnes ordinariæ: hæc non ex ſolo edicto, ſed interveniente decreto, &c. decernitur, *l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poſſ. l. 3. §. pen. hoc tit.* quales Carboniana aliæque extraordinariæ *l. 1. & paſſ. de Carbon. edict. l. 84. de acq. hær. l. 14. §. ult. cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1. *Extraordinariarum bonorum poſſeſſionum quasdam eſſe definitas, quasdam indefinitas; atque utriusque ſpecies exempla.*
2. *Bonorum poſſeſſionem, quæ edictalis dicitur, & eam, quæ decretalis, eſſe ſpecies revera oppoſitas, contra comm.*

Præter ſex illas bonorum poſſeſſiones ordinarias, quas ſic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certisque perſonis, tum teſtamento facto, tum ab inteſtato deferuntur, haud ſecus ac ex legibus hæreditas, ſunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibusdam accommodantur. Harum autem quædam definitæ ſunt, hoc eſt, ſemel certis caſibus ac perſonis propoſitæ, his ipſis cauſa cognita decernuntur: cujusmodi eſt ea, quæ ventri datur, *tit. de ventr. in poſſ. mit.* item Carboniana, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius eſſe negatur, dilato ſtatus judicio in tempus pubertatis, *l. 1. & paſſ. de Carb. edict.* hæc expreſſe ordinariæ opponitur *in l. 3. § pen. & ult. d. tit l. 5. § ſi quis, de legat. præſt.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex cauſis, prout res & æquitas exigit, à prætore decernuntur. Huc pertinent ſpecies propoſitæ *in l. ventre 84. de acqu. hær. l. 3. § ult. cum l. ſeq. l. ſi duobus 14. § ult. cont. tab. l. infanti 18. C de jur. delib. l. 2. §. ſi quis 11. ad Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorū illam poſſeſſionem præparatoriam quætelæ inofficioſi teſtamenti, quæ litis ordinandæ cauſa conceditur, *l. 6. in fin. & l. 7. de inoff. teſtam.* Pertinet huc & ea bonorum poſſeſſio, quæ lege uti detur, ſenatusve conſulto, aut conſtitutione, cautum eſt, *l. un. ut ex legibus, &c. l. 3. unde legit.* Exempla ex lege Papia, lege Cornelia, Senatusconſulto Aproniano, profert Scipio Gentil. *1. de jurisdict. 26. argum. §. 2. ſup. de ſucceſſ. libert. l. omnibus, ad Senatusconſ. Treb. l. 4. C. de poſtlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex conſtitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum poſſeſſio defertur cognatis militis usq; ad quintum gradum, *l. 2. de veter. ſucceſſ. l. 6. §. de injuſt. rupt teſt.* Hotomannus item aliud ex ejusdem Imperatoris conſtitutione, qua in ſpecie *l. poſthum 12. d. tit.* ſcriptis hæredibus deferrur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui ſine re futura erat. Permiſcentur autem hæ bonorum poſſeſſiones per omnes ſuperiores ordines, verbi cauſa. Carboniana datur impuberi, cui controverſia ſit, an ſit ex liberis, ſi præteritus eſt, contra tabulas; ſi inſtitutus, ſecundum tabulas: ab inteſtato, unde liberi, *l. 1. & l. 3. de Carbon. edict.* In libris noſtris

bonorum poſſeſſio ſit etiam diſtinguitur, ut quædam dicatur edictalis, quædam decretalis, *l.* 1. *§ decretalis 7. de ſucc. edict. l.* 1. *§. ſed & 4. unde lib. l. cum quidam 30. §.* 1. *de acq. hæred.* Doctores vulgo exiſtimant, non eſſe hæc nomina diverſarum ſpecierum ſed attributa tantum, quibus una eademque ſpecie bonorum poſſeſſio diſtinguatur; & edictalem dici quatenus ex edicto prætoris mortui, ut loquuntur, competit: decretalem, quatenus à vivo prætore conceditur; Sed eandem bonorum poſſeſſionem, quæ edictalis vocatur, quatenus conſideratur ut edicto propoſita & promiſſa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita poſt *Accurſ. Cyn. Bart.* aliosque veteres interpretes, *Sichard. ad rub. Cod. qui admit. ad bon. poſſeſſ. num.* 10. *& ſeqq. Schneid. in §. ſeq. num.* 7. *Myrſ. hic ad rubr. num.* 10. *Menoch. rem* 1. *adipiſc. poſſ. num.* 10. *& ſeqq. Graſſ. §. bonorum poſſeſſio, quæſt.* 3. *Tulden. comm. in hunc tit. cap.* 3.

2 Sed videamus, an non, quod magis arbitror, ſint revera hæ diſtinctæ & oppoſitæ ſpecies, & falſa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictalis decretali opponitur, ut ordinaria extraordinariæ. *l.* 3. *§. hac autem* 14. *& ſeq. de Carbon. edict. l.* 5. *§.* 3. *de leg. præſt.* Deinde quod Juriſconſultus ſcribit, conceſſione Carbonianæ poſſeſſionis non impediri edictalem, *d. l.* 1 *§.* 4 *unde lib.* & quod huic ſimile *in d. l.* 3. *§ pen. de Carb. edict.* eum, qui ſe filium dicit, non ſolum Carbonianam poſſeſſionem accipere debere, verum etiam ordinariam. Tertio quod decretalis expreſſe opponitur ei, quæ de plano agnoſcitur, *l.* 2. *§.* 1 *quis ordo in bon. poſſeſſ.* Quarto, quod in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles, id eſt, quibus qualiscunque magiſtratus copia fuit, in decretali tantum dies ſeſſionum, ut utiles, computentur, *d. l.* 2. *§.* 1. Quinto, quod decretalis cum effectu proprie non intelligitur delata, antequam decreta eſt: cui conſequens eſt, quod nec repudiari poſſit, *d. l.* 1. *§. decretalis de ſucc. edict.* at in edictali tempora delationis & acquiſitionis diſtincta ſunt, ut in hæreditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari poteſt, *d. l.* 1. *§.* 1. *& §. qui ſemel* 6. *l. in plurium* 70. *de acqu. hær.* Hæc omnia, ſi quid video, clare oſtendunt, DD. in explicatione hujus rei erraſſe, & memoratas bonorum poſſeſſiones vere eſſe diverſas ſpecies, & quæ forma differant. Nimirum edictalem dici & eſſe, quæ poſtulanti datur ex ipſo edicto ſine decreto aut cauſæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti poteſt; quales natura ſua ſunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex ſolo edicto, ſed interveniente decreto magiſtratus datur; ſeu quæ cauſa cognita petenti adjudicatur, ac proinde ſedente pro tribunali magiſtratu peti & decerni debet; *d. l.* 2. *§.* 1. *quis ord. in bon. poſſ. l.* 3. *§. pen. hoc tit.* quales natura ſua Carboniana, aliæque extraordinariæ, *l. ventre* 84. *de acq. hæred. ſi duobus* 14. *§. ult. cont. tab.* Aio, natura ſua: nam ex accidenti fieri poteſt, ut interdum de plano peti & concedi poſſit, quæ natura ſua decretum requirit; atque ut in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus ſit cauſæ cognitione, *arg. l.* 1. *§. ſi ea* 14. *l.* 7. *§.* 1. *de ventr. in poſſ. mitt. l.* 1. *pr. l.* 3. *§.* 4. *de Carb. edict. l.* 3. *§. pen. h. t.* Atque ita ferme etiam doctiſſimi recentiorum interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotom. Donell. Weſemb. Bachov.

TEXTUS.

De ſucceſſorio edicto.

4. *Quum igitur plures ſpecies ſucceſſionum prætor introduxiſſet, easque per ordinem diſpoſuiſſet, & in unaquaque ſpecie ſucceſſionis ſæpe plures extent diſpari gradu perſonæ; ne actiones creditorum differrentur, ſed haberent, quos convenirent, & ne facile in poſſeſſionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo ſibi conſulerent: ideo petendæ bonorum poſſeſſioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus, quam adoptivis in petenda bonorum poſſeſſione anni ſpatium, cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.*

COMMENTARIUS.

Diſpoſitis per ordinem bonorum poſſeſſionibus edictum prætor ſubjecit, quod ſucceſſorium ex potiſſima parte appellatur. Duo enim ſunt hujus edicti capita. Priore, quod principale eſt, prætor denunciat, ſe inter eos, quibus bonorum poſſeſſio defertur, ſucceſſionem permiſſurum, *l.* 1. *§. quibus* 10. *de ſucceſſ. edict.* Succeſſio hæc duplex eſt una ordinum, altera graduum. Ordinum dicitur, cum ordo perſonarum univerſus, quarum in petenda bonorum poſſeſſione prima cauſa eſt, illam omiſit; veluti liberis omnibus omittentibus res ad agnatos redit. & his rurſus eam repudiantibus ad cognatos: poſtremo ad virum & uxorem. Hi enim nunc ſunt ordines inteſtati, *§.* 2. *ſup. eod. l.* 1. *§.* 1. *unde lib. l.* 1. *quis ord. in bon. poſſeſſ.* quibus locis verba Juriſconſultorum à Triboniano circumciſa ſunt. Vulgo hæc ſucceſſio de ordine in ordinem appellatur. Poteſt & de capite in caput nominari, *l.* 5. *C. qui admi. ad bon. poſſeſſ.* Graduum ſucceſſio dicitur; cum iis, qui in ordine aliquo ſunt gradu proximo, omittentibus, remotioris

motioris gradus in eodem ordine perſonæ admittuntur. Quæ ſucceſſio eſt de gradu in gradum; atque in ſolo ordine cognatorum, non etiam liberorum aut agnatorum, locum habet. Nam in liberorum ordine nulla eſt gradus prærogativa; agnatos vero remotiores proximis repudiantibus non quaſi agnatos, ſed quaſi cognatos, prætor admittit, §. *placebat 7. ſup. de leg. ſucceſſ. agn.* Sed enim cum eo loco Juſtinianus etiam in hæreditatibus graduum ſucceſſionem inter agnatos, admiſerit, prætoris eſt, etiam in bonorum poſſeſſione eam inter illos admittere, arg. *l. 3. unde legit.* quanquam nunc hæc diſputatio ſupervacua eſt, ſublata prærogativa ordinis agnatorum. *Nov. 118.* Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum poſſeſſioni præfinitur. *d. l. 1. in pr.*

In unaquaque ſpecie ſucceſſionis] Id eſt, ordine; ut in tribus illis, inteſtati, liberorum, agnatorum, cognatorum. Nam quarti, viri ſc. & uxoris, nulli ſunt gradus.

Plures diſpari gradu] Gradus bifariam uſurpatur; interdum pro ordine ſucceſſionis ab inteſtato, *l. 1. quis ord. in bonor. poſſeſſ. l. 5. und. cogn.* frequentiſſime vero ut & hoc loco, pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differrentur] Edictum ſucceſſorium præcipue quidem cognatorum inferiorum cauſa comparatum eſt; ſed tamen ex parte id etiam creditoribus conſuluit, atque ipſi quoque defuncto: triplicique omnino de cauſa prætor è re eſſe putavit præſtituere certum & breve tempus ad bonorum poſſeſſionem petendam. Prima eſt, ut ſciri poſſet, quando finito jure primorum graduum ſequentes eam petere poſſent, nullove petente inſequens ordo aut fiſcus admitteretur. Altera, ne, ſi bona hæreditaria diu jacerent, creditoribus longior mora afferretur, quorum intereſt mature ſcire, utrum habeant, quem conveniant, an bona fiſco ſint delata. Tertia ne creditores, ſi nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad poſſeſſionem & diſtractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominioſum *d. l. 1. in pr. & §. 1. de ſucc. edict.*

Liberis & parentibus anni ſpatium] Largius tempus liberis & parentibus tributum eſt in honorem ſanguinis, *l. 1. §. largius 12. de ſucceſſ. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum poſſeſſionem vocantur: cæterum admittuntur vel ex capite unde legitimi, ut parens manumiſſor, cui etiam contra tabulas datur, *d. l. 1. § pen.* & mater, quæ ex Tertylliano venit *l. 2. §. ult. unde leg.* vel ex capite unde cognati. Atque ex his omnibus cauſis intra annum bonorum poſſeſſionem petere poſſunt, *d. l. 1. §. ult.*

TEXTUS.

De jure accreſcendi iterum de ſucceſſorio Edicto.

5. *Et, ſi intra hoc tempus aliquis bonorum poſſeſſionem non petierit, ejusdem gradus perſonis accreſcit, vel, ſi nullus ſit, deinceps cæteris bonorum poſſeſſionem perinde ex ſucceſſorio edicto pollicetur, ac ſi is, qui præcedebat, ex eo numero non eſſet. Si quis itaque delatam ſibi bonorum poſſeſſionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum poſſeſſioni præfinitum exceſſerit, expectatur: ſed ſtatim cæteri ex eodem edicto admittuntur.*

COMMENTARIUS.

NOn tantum in ſucceſſione ex teſtamento locus eſt juri accreſcendi, verum etiam in ſucceſſione ab inteſtato, tum legitima, *§. ult. ſup. de Senatuſconſ. Orfic.* tum honoraria. Ut docet hic locus, & *l. 3. §. ult. cum 2. ll. ſeqq. hoc tit. l. un. Col. quand. non pet. part. vid. Duar. 1. de jure accreſc. 20. & 2. cap. 18.*

Non petierit] Si plures ſint, quibus bonorum poſſeſſio competit, quorum unus admiſit bonorum poſſeſſionem, cæteri non admiſerunt, vel quod ſpreverint jus ſuum, aut tempore bonorum poſſeſſionis finito excluſi ſint, aut ante mortui, quam bonorum poſſeſſionem petierint; ei, qui admiſit, adcreſcunt portiones quæ cæteris competerent, ſi petiiſſent, *d. l. 3. § ult. & 2. ſeqq.* Et accreſcunt igitur portiones deficientium ſine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones hæredum deficientium ſine nova aditione accreſcunt iis, qui pro ſua parte hæredes extiterunt.

Deinceps cæteris] Qui vel in eodem ordine inferiori gradu ſunt, aut his omnibus deficientibus, qui proximi ſunt gradu in ordine ſequenti. Nam edicto ſucceſſorio non eſt locus, niſi inter perſonas diverſi ordinis aut gradus. Illud notandum, ſucceſſionem ordinum prætorem admiſiſſe etiam in una eademque perſona, verbi cauſa, ut filius omiſſa bonorum poſſeſſione unde liberi, petere adhuc poſſit unde legitimi aut unde cognati, *d. l. 1. § ſed videamus 11. de ſucceſſ. edict. l. 2. unde legit.*

Sed ſtatim cæteri] Ut primum quis delatam ſibi bonorum poſſeſſionem repudiavit, continuo cæteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præ-

finito, *d. l. 1. §. quibus 10. de ſucc. edict.* Ex quo intelligimus, tum eum, qui ſemel noluit bonorum poſſeſſionem petere, jus ejus petendæ amiſiſſe, etiamſi tempora largiantur; tum quod huc præcipue pertinet, repudiantibus primis, ſtatim inſequentibus tempus currere; quippe ad quos, illis repudiantibus bonorum poſſeſſio ſtatim pertinere incipit, *d. l. 1. §. 6.*

TEXTUS.

Explicatio dicti temporis.

6. In petenda autem bonorum poſſeſſione dies utiles ſinguli conſiderantur.

COMMENTARIUS.

Qui dies continui, qui utiles, qui ſeſſionum. Et quando de plano prætor jus reddere dicatur.

Dies in jure noſtro alii ſunt continui, alii utiles. Continui, qui ſine interruptione nulliſque exceptis currunt: utiles illi duntaxat, quibus experiundi ſui juris poteſtas eſt, *l. 1. de div. & temp. præſcr. l. 11. §. quidam 5. ad leg. Iul. de adult.* & proinde hi neque ignoranti, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio cum dies utiles ſolum conſiderentur, neque illud tempus numerabitur, quo quis neſcivit bonorum poſſeſſionem ſibi delatam eſſe, neque illud, quo à prætore eam poſtulare non potuit, *l. 2. pr. quis ord. in bon. poſſ.* Non enim ſemper prætoris copia eſt, *l. ſed & ſi 26. pr. & §. 4. ex quib. ca. maj.* Dupliciter vero prætor copiam ſui facit; interdum pro tribunali quovis alio loco, ubi ſalva majeſtate imperii ſui ſalvoque more majorum jus dicere conſtituit, *l. pen. de juſt. & jur.* Quibus diebus pro tribunali ſedens poſtulationibus & cognitionibus occupatur, ii dies ſeſſionum appellantur, *d. l. 2. §. 1. quis ord in bon. poſſ.* Cum alio loco civibus ſe præbet, de plano jus reddere dicitur, *l. nec quicquam 9. §. 3. de offic. procſ. l. 6. de accuſ.* ſuntque hæc noſtris adverſa, pro tribunali cognoſcere, & de plano, *l. 1. §. abolitio 8. ad Turpil. l. unius 18. in fin. de quæſt.* Quæcunque cauſæ cognitionem decretumque magiſtratus deſiderant, pro tribunali, non de plano cognoſcenda & expedienda ſunt, *d. l. 9. §. 1. de off. procſ. l. omnia 71. l. ubicunque 105. de reg. jur.* Cum ergo, ut antea oſtendimus, quædam bonorum poſſeſſiones ſint, quæ decretum magiſtratus expoſcunt, ob quam cauſam etiam decretales dictæ; quædam, quæ decretum cauſæve cognitionem non requirant, edictales appellatæ; & conſequenter illæ tantum pro tribunali peti & dari, hæ vero etiam de plano poſſint: hinc fit, ut in his omnes dies, quibus quovis modo prætoris copia fuit, utiles numerentur, in illis ſeſſionum duntaxat, *d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poſſ.*

TEXTUS.

Quomodo peti debet.

7. Sed bene anteriores Principes & huic cauſæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum poſſeſſione curet; ſed quocunque modo admittentis eam indicium oſtenderit, intra ſtatuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.

NOTA.

QUOCUNQUE MODO, &c. INDICIUM] Sufficit qualecunque indicium admittendæ bon poſſeſſionis, οἱονδήποτε ἔμφασις, qualiscunque ſignificatio, aut, ut eſt *in d. l. ult.* teſtatio amplectendæ hæreditatis. Magiſtratum tamen ad re oportet, apud quem de voluntate noſtra publice teſtemur, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

Vetus petitio bonorum poſſeſſionis ſolennis fuit, ut ſignificat *l. 1. C. comm. de ſucc.* Solennitas certam verborum conceptionem ſeu formulam habuit, quibus & peteretur, & petenti daretur. Tum etiam hic ritus erat, quod non apud quemvis magiſtratum peti poterat, nec cujusvis magiſtratus erat dare, ſed ſolum prætoris in urbe, & præſidum in provinciis, *l. 2. §. 1. & ſeqq. quis ord. in bon. poſſ.* Utrumque hoc ſuſtulit Conſtantius, excluſiſque verborum inanium, ut ipſe eas appellat, captionibus, conſtituit, ut ſatis ſit eum, cui bonorum poſſeſſio delata eſt, quemvis judicem, & vel magiſtratum municipalem adire, atque apud hunc qualicunque voluntatis teſtatione interpoſita bonorum poſſeſſionem amplecti, *l. ult. C. qui adm. ad bon. poſſ.* Cæterum hoc ad extraordinarias bonorum poſſeſſiones, quæ non niſi cauſa cognita decernuntur, non pertinet: ſed hæ etiam nunc prætorem & tribunal deſiderant.

Sed quocunque modo admittentis, &c.] Magiſtratum tamen aliquem adire oportet, apud quem de voluntate noſtra publice teſtemur: alioqui ſi nuda & ſimplex declaratio voluntatis privatim aut coram teſtibus facta ſufficeret, agnitio bonorum poſſeſſionis nulla in re differre ab aditione hæreditatis: & Conſtantius tantum neceſſitatem petitionis ſolennis & neceſſitatem prætoris aut præſidis adeundi in agnoſcenda bonorum poſſesſione ſuſtulit, *d. l. ult. C. qui adm. ad bon. poſſ.* In hiſce regionibus bonorum poſſeſſionis nullus uſus eſt, ſed utimur tantum aditione ſive agnitione hæreditatis civili. De Germania

nia idem teſtatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnion. *lib.* 5. *leg. abrog. c.* 17. *in fin.* Apud quoſdam adhuc locus eſſe dicitur bonorum poſſeſſioni *unde vir & uxor*; apud nos tamen nunquam uſurpata fuit. Quin contra non ſemel accidit, ut fiſcus, nemine ex conſanguineis ſeſe offerente, bona cum ſuperſtite conjuge diviſerit, *deciſ. ſupremi apud nos Senatus* 7. *Grot.* 2. *introd.* 30. *add. Chriſtin. vol.* 6. *deciſ.* 62 *n.* 6. *Gudelin. lib.* 2. *de jur. noviſſ. c.* 16. *Zypa, not. jur. Belg. tit. unde liberi, Groënem. tit. C. unde vir & ux.*

TITULUS XI.

De acquiſitione per adrogationem.

Continuatio, & origo.

SEquitur nunc ſpecies acquiſitionis per univerſitatem, quæ inter hæc genera tertio loco collocata eſt § *ult. ſup. per quas perſ.* nimirum acquiſitio per adrogationem. Inter ſuperiores autem illas & hanc hæc eſt differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis univerſa bona acquirimus. Eſtque hæc acquiſitio neceſſarium conſequens juris patriæ poteſtatis.

TEXTUS.

Eſt & alterius generis per univerſitatem ſucceſſio: quæ neque lege duodecim Tabularum, neque Prætoris edicto, ſed eo jure, quod conſenſu receptum eſt, introducta eſt.

COMMENTARIUS.

CUm jus hujus acquiſitionis dependeat à jure antiquo patriæ poteſtatis, quæ poteſtas lege Romuli primum introducta, à decemviris poſtea reperita eſt, ut oſtendimus *ſup. tit. de patr. poteſt.* ex lege potius ſeu legis ſententia hanc acquiſitionem deſcendere, quam moribus aut conſuetudine receptam eſſe, dicendum videtur, *arg. l.* 6. §. 1. *de verb. obl. & ſup. tit. de leg. patron. tut.* cum ſatis conſtet, eos qui adrogantur, tam jure legeque filiosfam. fieri, quam ſi ex patre matreque ejus familias nati ſint. Dicitur quidem etiam patria poteſtas moribus recepta *l.* 8. *de his qui ſui vel al. jur.* ſed duntaxat certo reſpectu, ut loco citato demonſtratum eſt D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, ſed ad jus adoptandi ſeu adrogandi; quod exterum cum eſſet, populus Rom. receperit, ſibique adſciverit ex legibus rheticis Græcorum. Sane nusquam proditum eſt, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium ſibi adoptare. Quin ſingulæ adrogationes ſtante repub. per populi rogationem, fiebant comitiis curiatis: quod diligentius expoſitum *tit. de adopt.*

TEXTUS.

Quæ hoc modo acquiruntur. Jus Vetus.

1. *Ecce enim cum paterfamilias ſeſe in adrogationem dat, omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debitæ ſunt, adrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales ſunt operarum obligationes, & jus adgnationis: uſus etenim & uſusfructus licet his antea connumerabantur: attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit noſtra conſtitutio.*

NOTÆ.

1. QUALES OPERARUM] Officialium ſcil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ à quocumque cuicumque recte ſolvuntur, *l.* 9. §. 1. *de op. lib.* Locus difficilis, quem Th. ſe explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapſu, ut credo, memoriæ: videſis Cujac.

NOSTRA CONSTITUTIO] *l. pen. C. de uſufr.* vid. *ſup.* §. *pen. d. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Per adrogationem etiam poſſeſſionem acquiri adrogatori: & quare*
2. *Operarum obligationes quæ hic intelligantur.*

OMnes res ejus] Qui ſe adrogandum dat, cum capite fortunas quoque ſuas, id eſt, omnia, quæ habet, transfert ad patrem adoptivum, *l. pen.* §. 2. *ſec. tab. l.* 15. *de adopt.* adeo ut actiones etiam & nomina tranſeant ſine ulla ceſſione, *hoc. text.* quippe ceſſio, quæ alias ad actiones transferendas neceſſaria eſt, hic non eſt: quoniam hæc acquiſitio univerſalis eſt, & quantum ad commoda attinet, ſucceſſioni per omnia ſimilis. Quinetiam non proprietas tantum, verum & poſſeſſio adrogatori acquiritur, *l.* 16. *de precar.* neque abſurdum eſt, licet id Faber exiſtimet, plus in eo tribui adrogatori, quam hæredi, ad quem etſi adita hæreditate jura omnia tranſeant poſſeſſio tamen non pertinet, niſi eam naturaliter apprehenderit, *l. cum hæredes* 23. *de acq. poſſ.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem ſuo nomine poſſidebat, adrogatione facta patris nomine poſſidere incipit, cumque ſtatim poſſeſſorem miniſterio ſuo facit, *arg.*

l. quod

l. quod meo 18. d. tit. Non idem dici poteſt poſſeſſore mortuo ac proinde nec de hærede: quod etiam Gloſſa intellexit, & Barr. in *d. l. 16.* ubi etiam hoc a ſimili colligit, ſi aliquis monaſterium intraverit ipſo ingreſſu ſine nova apprehenſione monaſterium acquirere rerum omnium poſſeſſionem: de quo amplius *DD. in auth. ſi qua mulier C. de Sacroſanct. eccleſ.* Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirebantur pleno jure: Juſtinianus vero eandem moderationem hic ſervari voluit, quam adhibuit in acquiſitione per liberos naturales, § *2. inf.*

2 *Quales ſunt operarum obligationes.*] Operarum ſc. officialium: quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, ſciendum eſt, operarum duas eſſe ſpecies, officiales & artificiales: Officiales ſunt, quas libertus patrono officii cauſa præſtat: artificiales, quæ in artificio aliquo conſiſtunt, puta fabricandi, pingendi, medicandi. Illæ non ab alio, quam à liberto, nec alii, quam patrono, deberi poſſunt: artificiales à quocunque cuicunque recte ſolvuntur, *l. 9. §. 1. de oper. libert.* Hinc eſt, quod artificiales etiam in hæredem tranſeunt, officiales non item *l. 6. l. 7. §. pen. eod.* quodque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri neceſſe eſt, quandoquidem in perſona adrogati durare non poteſt, niſi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non eſt, cui ſoli hæ operæ deberi poſſunt, ut dictum eſt. Plane jus obſequii non videtur capitis deminutione perimi, *arg. l. 10. §. 2. de in jus voc.*

Jus agnationis] Quæ jura agnationi tributa ſunt, capitis deminutione pereunt, & ideo ad adrogatorem tranſire non poſſunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum, *l. 7. d. cap. minut. §. 2. ſup. de Senatuſconſ. Orfit.* quanquam hoc ad eas tantum hæreditates pertinet, quæ lege duodecim tabularum, non etiam ad eas, quæ novis legibus aut Senatuſconſultis deferuntur, *d. l. 7. & d. §. 2.* de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus habet, adrogatione ejus perimitur, *l. ſi libertus 23. l. patroni 39. de bon. libert.*

Uſus & uſusfructus] Olim uſus & uſusfructus etiam minima capitis minutione extinguebantur, *l. 1. quib. mod. uſ. am. Paul. 3. ſent. 6.* eadem fere ratione, qua operarum officialium obligatio: ſed hoc ſuſtulit Juſtinianus *l. pen. C. de uſufr. vid. ſup. §. pen. de uſufr.*

TEXTUS.

Jus novum.

2. *Nunc autem nos eandem acquiſitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad ſimilitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, niſi tantummodo uſusfructus, tam naturalibus parentibus, quam adoptivis, per filios familias acquiritur in iis rebus, quæ extrinſecus filiis obveniunt, dominio eis integre ſervato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertranſit: niſi ſuperſint aliæ perſonæ, quæ ex conſtitutione noſtra patrem in iis, quæ acquiri non poſſunt, antecedant.*

COMMENTARIUS.

Ad ſimilitudinem naturalium parentum] Et recte. Nam cum naturalibus parentibus eorum, quæ extrinſecus obveniunt, uſumfructum tantum acquiri voluerit, proprietate filiis conceſſa; *l. 6. C. de bon. quæ lib. §. 1. ſup. per quas perſ.* ratio non patitur; ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

3 *Etiam dominium rerum*] Etſi jam primorum Principum conſtitutionibus jus acquirendi per filiosfamil. nonnihil imminutum fuit; tamen in adventitiis æque ac profectitiis bonis diu jus vetus patri ſervatum, atque hactenus quoque in peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi, ut tametſi vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis hæredem ſibi teſtamento inſtituere, tamen eo inteſtato mortuo pater tam res caſtrenſes, quam reliquas, jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum hæredem filius ab inteſtato haberet, *l. 2. de caſtr. pec.* Tandem ſecuta eſt major mutatio, & primo quorundam adventitiorum duntaxat, poſtremo eorundem omnium uſumfructum tantum patri acquiri placuit, tributa filio earum rerum proprietate: datique ei ſunt & in caſtrenſibus & in peculii adventitii proprietate hæredes ab inteſtato, primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes. *l. 3. l. 4. d. l. 6. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de ſucceſſ.* Igitur quod hic ait Juſtinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori acquiri, non ſic accipi oportet, acquiri ei jure peculii, alioqui nemo ei anteponeretur; ſed acquiri jure hæreditatis, ei delatæ poſt liberos & fratres defuncti. Hæ enim ſunt illæ perſonæ quæ hic patrem dicuntur antecedere ex conſtitutione Juſtiniani, quæ eſt *l. ult. C. comm. de ſucc.* Fuſius hæc explicata ſunt *lib. 2. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Nov. 118. ordo ſucceſſionis mutatus.

TEXTUS.

TEXTUS.

Effectus hujus acquiſitionis.

3. Sed ex diverſo pro eo, quod is debuit, qui ſe in adoptionem dedit, ipſo quidem jure adrogator non tenetur, ſed nomine filii convenitur: & ſi noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes noſtros magiſtratus, bona, quæ ejus cum uſufructu futura fuiſſent, ſi ſe alieno juri non ſubjeciſſet, poſſidere, & legitimo modo ea diſponere.

COMMENTARIUS.

1. Actiones, quæ in adrogatum competebant, directo in adrogatorem non dari: neque actionem de peculio ex ante geſto.

2. An adverſus adrogatum directæ actiones ſalvæ maneant.

IN hoc quoque diſpar ratio eſt adrogatoris & hæredis, quod in hæredem etiam illæ actiones, quæ adverſus defunctum competebant, directo dentur, in adrogatorem non dentur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim ut hæres perſonam de-
1 functi, ita & adrogator ſuſcipit perſonam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit jus patriæ poteſtatis, cujus juris hæc vis eſt, ut omnia patri per filium quærantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare poſſit, præterquam de peculio: ſed hoc ſpecialem rationem habet, videlicet quia pater concedendo peculium, hoc ipſo etiam jus contrahendi hactenus ei permittere videtur, per *l. 1. §. 5. de acq. poſſ.* Atque hoc ipſum argumentum eſt, adrogatorem de peculio conveniri non poſſe ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit: quomodo accipienda *l. in adrogatorem 42. de pecul.* ut ſcil. ſententia Sabini & Caſſii, qui ex ante geſto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probetur. Hoc ipſum ex eo quoque confirmatur, quod ipſius patris, qui actione de peculio conveniri poteſt, ſi filium non defendat, bona poſſideri jubentur, *l. 7. §. ſi quis 15. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Adhæc tempore contractus adrogatus erat adhuc ſui juris, ut nec peculium habere potuerit.

Ipſo jure adrogator non tenetur] Hæc verba *ipſo jure* Cujac. & Pacius ſic interpretantur, ipſo jure prætorio: ego mera & ſtricta ratione juris, *τῇ ἀκριβείᾳ*, ut in *§. actiones 10. inf. de act.* Hoc enim ſignificat, neminem perſonali actione teneri, niſi qui contraxit, aut hæredem ejus: adrogatorem autem non contraxiſſe; neque perſonam ſuſcepiſſe adrogati hæredis inſtar.

Sed nomine filii] Ex æquo & bono: neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et eſt æquiſſimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat, aut ſi nolit defendere, patiatur creditores mitti in bona, quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt. Illud quæſitum eſt, an actiones, ipſo jure adro- 2
gatione pereant, atque ex edicto de capite minutis reſtituantur, an ſalvæ maneant, directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur. Prius Bachov. placet hac ratione, quoniam omnia bona adrogati ipſo jure acquiruntur adrogatori, ſaltem ex ratione juris veteris; vel potius quia capitis deminutione etiam minima quam adrogato contingere conſtat, ſubtilitate juris actiones pereunt, *l. 2. de cap. min.* Prior ratio nullius momenti eſt: nam cum in perſona filiifam, etiamſi bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio conſiſtere poſſit; *l. 39. de obl. & act.* ſatis liquet, ob hoc ſolum obligationem in perſona adrogati non tolli, quod bona habere deſinit. Ac ne illud quidem video, qua ratione dici poſſit, actiones perire capitis deminutione adrogati: neque enim ſola familiæ mutatio actionem perimere poteſt, niſi quid aliud interveniat, ut in emancipatione, per quam filius deducebatur in imaginariam ſervilem cauſam, *l. 3. §. 1. de cap. min.* In adrogatione vero nullæ venditiones aut manumiſſiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæſtione propoſita actiones non ipſo jure ſublatas atque ex edicto reſtitutas fuiſſe; ſed manſiſſe ſalvas & utiles, ex ante geſto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus reſponderet, aut hoc eo non faciente pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit & tranſtulit: ſimiliter ut in ſpecie *l. 7. § pen. d. tit.* neque aliud hic locus ſignificat.

Cum uſufructu fuiſſent] Hoc ideo ait, quia nunc ſolus uſusfructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente, *§ præc.* Ait, legitimo modo diſponere: de quo adi *tit. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. & de reb. auct. jud. poſſ. item de curat. bon. dand.*

TITULUS XII.

De eo, cui libertatis cauſa bona addicuntur.

TEXTUS.

Acceſſit novus caſus ſucceſſionis ex conſtitutione divi Marci. Nam ſi ii, qui li-

bertatem acceperunt à domino in teſtamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona ſibi addici libertatum conſervandarum cauſa, audiuntur.

Commentarius.

Quartus acquirendi per univerſitatem modus, & poſtremus inter eos, qui propoſiti ſunt §. *ult. ſup. per quas perſ.* eſt, libertatum conſervandarum cauſa bonorum addictio. Hæc acquiſitio neque lege antiqua introducta aut confirmata eſt, ut hæreditas; neque jure prætorio, ut bonorum poſſeſſio, neque conſenſu populi, ut adrogatio: ſed ex conſtitutione D Marci deſcendit, cui conſtitutioni cauſam dedit favor libertatis, *l. 2. de fideic. lib. l. 6. & l. ult C. de teſtam. man.* Etſi autem is, cui bona libertatis cauſa addicta ſunt, neque hæres eſt, neque bonorum poſſeſſor: tamen quia in locum defuncti ſuccedit, bonorum poſſeſſori aſſimilatur, *l. 4. §. pro pen. de fid. lib.* atque in eum tanquam in hæredem prætorium utiles actiones creditoribus dantur. *l. 3. d. tit.* Verba conſtitutionis D. Marci primum Juſtinianus refert; deinde exponit.

Qui libertatem acceperunt] Uberius ſub disjunctione dixiſſet. *vel quilibet extraneus*; qua disjunctione utitur *l. ult. in pr. C. de teſtam. man* & ita loquitur, quaſi conſtitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta ſit: quemadmodum etiam Juriſconſultus *l quod D. Marco 50. § 1. de man. teſtam.*

Ex quo non aditur hæreditas] Fieri enim ſæpe poteſt, ut hæres metuens æris alieni hæreditarii magnitudinem hæreditatem adire recuſet, atque ita deſerto teſtamento nihil ex eo, ac ne libertas quidem debeatur, *l. 2. C. de teſt. man. l. 1. C. de fideic. libert.*

Textus.

1. Et ita divi Marci reſcripto ad Pompilium Rufum continetur, Verba reſcripti ita ſe habent: Si Verginio Valenti, qui teſtamento ſuo libertatem quibusdam adſcripſit, nemine ſucceſſore ab inteſtato exiſtente, in ea cauſa bona ejus eſſe cœperunt, ut venire debeant, is cujus de ea re notio eſt, aditus rationem deſiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directo, quam earum quæ per ſpeciem fideicommiſſi relictæ ſunt, tuendarum gratia addicantur tibi: ſi idonee creditoribus caveris de ſolido, quod cuique debetur, ſolvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data eſt, perinde liberi erunt, ac ſi hæreditas adita eſſet: ii autem, quos hæres manumittere rogatus eſt, à te libertatem conſequentur; ita ut ſi non alia conditione velis tibi bona addici, quam ut ii etiam, qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, ſi ii quorum de ſtatu agitur, conſentiant, auctoritatem noſtram accommodamus. Et ne hujus reſcriptionis noſtræ emolumentum alia ratione irritum fiat, ſi fiſcus bona agnoſcere voluerit, & ii, qui bonis noſtris attendunt, ſciant, commodo pecuniario præferendam eſſe libertatis cauſam, & ita bona cogenda, ut libertas eis ſalva ſit, qui eam adipiſci potuerunt, ac ſi hæreditas ex teſtamento adita eſſet.

Notæ.

1. Pompilium Rufum] Putat Eguin. Baro ſervum ad quem reſcribit D. Marcus, prænomen ſortitum eſſe manumiſſoris, & ad id tempus Juſtinianum reſpexiſſe.

Nemine Successore ab intestato] Alias ſi deſtituto teſtamento is, qui ab inteſtato venit, hæreditatem amplectatur, libertates non debentur, *l. 1. C. de fideic. lib.*

Tui liberti fiant] A te libertatem accipiant, tanquam fideicommiſſariam. Weſ.

Si fiscus bona adgnoscere] Fiſco quoque cauſa libertatis prælata, ut nec ille aliter ad bona vacantia admittatur, quam ſi & ipſe libertates præſtet, *d. l. 4. §. 17. de fideicom. lib.*

Commentarius.

Pompilium Rufum] Hæc nomina non conveniunt ſervo; non magis quam *Gajus Sejus l. 23. de manum.* & ideo aſſentiri non poſſum Theophilo, aſſerenti, hunc Pompilium Rufum fuiſſe unum ex ſervis Verginii Valentis teſtamento manumiſſis. Ut-

ut eſt, etiam extrario libero homini ipſa conſtitutione D. Marci permitti bonorum addictionem, oſtendunt *d. l. 50. §. 1. de man. teſt. l. ult. C. eod.* quamvis potius ad extrarios productam colligas ex *l. 6. C. eod.*

Teſtamento libertatem adſcripſit] Hoc reſcriptum locum non habet, niſi libertates datæ ſint. Ait *adſcripſit.* Quid ſi libertates dedit hærede teſtamento non ſcripto, ſed nuncupato? placet, etiam hic conſtitutioni eſſe locum, *d. l. ult. C. de teſt. man.*

Nemine ſucceſſ re ab inteſtato] Explicatius dixiſſet, nec ex teſtamento, nec ab inteſtato: ſiquidem huic reſcripto locus non datur, niſi cum nec ex teſtamento nec ab inteſtato quiſquam hæres eſt, *d. l. ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligat, teſtamentariis hæredibus repudiantibus, ſi ab inteſtato hæres exiſtat, libertates præſtandas eſſe: certum enim eſt, deſtituto teſtamento, ſi is qui ab inteſtato venit hæreditatem amplectatur, nec libertates deberi. *l. 1. C. de fid. lib. l. 14. C. de fideic.* Ut enim magnus ſit libertatis favor, tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæſitum, legitimis nimirum hæredibus, auferatur.

Venire debeant] Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus ſatisfaciat, bona ejus in ea cauſa ſunt, ut poſſideri à creditoribus, aut recta conſtituta auctione vendi poſſint, *l. 8. quib. ex ca. in poſſ. l. 6. C. de bon. auct. jud. poſſ.* Ex quo intelligimus, hac conſtitutione etiam famæ defuncti conſultum.

Addicantur] Addici igitur bona dicuntur, cum ab eo, qui jurisdictioni præeſt, cauſa cognita petenti attribuuntur; qui proinde tanquam decretalis bonorum poſſeſſor conſtituitur.

Si idonee caveris] Addici ita demum bona voluit, ſi idonee creditoribus cautum fuerit de ſolido, quod cuique debetur, ſolvendo, *l. 2. l. 4. §. addici 8. de fideic. lib. merito.* Ita enim favendum libertatibus eſt, ut ne alteri inferatur injuria. Quid eſt autem idonee cavere? Satisdato utique, vel pignoribus datis. Sed tamen etſi fides habita fuerit promittenti ſine ſatisdatione, placet, idonee cautum videri *d. l. 4. §. addici.* De ſolido autem, id eſt, de ſorte & uſuris, *d. l. 4. de ſolido. 11.* Juſtinianus etiam pactionem de parte ſolvenda creditoribus admittendam cenſuit, *d. l. ult. §. 1. C. de teſtam. man.*

Quibus directa libertas data] Qui directam libertatem acceperunt, ſtatim poſt addictionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommiſſariam, manumittendi ſunt ab eo, cui bona addicta ſunt. Itaque illi Orcini, hi liberti manumiſſoris efficiuntur. Plane qui bona ſibi addici deſiderat, ut mox ſequitur, ſi non alia conditione velit ſibi addici, quam ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipſius liberti fiant, fient, ſi modo conſentiant contenti fideicommiſſaria libertate: neque tamen diſſenſu quorundam impeditur bonorum addictio, ſed quem patronum habere recuſant, dominum habere coguntur, *d. l. ult. C. de teſt. man.*

At ſi hæreditas adita] Aut bonorum poſſeſſio admiſſa decretave. Non igitur ex pactione, ſed ex addictione, quæ vicem aditionis hæreditatis, aut agnitionis adjudicationisve bonorum poſſeſſionis obtinet. Illud notandum, loqui reſcriptum in caſu teſtamenti facti: nam ab inteſtato nemini libertas directo competere poteſt.

Si fiſcus bona agnoſcere] Bona eorum, quæ hæredem non habent, vacantia dicuntur, ea à fiſco jure regalium occupari, notiſſimi juris eſt. Verum in hoc argumento libertatis cauſa commodo fiſci benigne prælata eſt, ut etiamſi non ſit, qui bona ſibi addici petat conſervandarum libertatum gratia, tamen fiſcus non aliter admittatur, quam ſi & ipſe libertates præſtet, *d. l. 4. §. eadem 17. de fid. libert.* Enim vero ſi bona damnati vel debitoris ſui fiſcus occupet, ceſſat hæc conſtitutio: ſic cum Accurſ. accipio illud, *ſi alia ratione agnoſcat, in d. §. eadem.*

TEXTUS.

Utilitas reſcripti.

2. *Hoc reſcripto ſubventum eſt & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus poſſideantur & veneant. Certe ſi fuerint hac de cauſa bona addicta, ceſſat bonorum venditio: exiſtit enim defuncti defenſor, & quidem idoneus, qui de ſolido creditoribus cavet.*

COMMENTARIUS.

Indicatur hoc §. primum finis atque utilitas hujus reſcripti: deinde oſtenditur, non eſſe conjunctum cum injuria creditorum. Finis reſcripti duplex eſt, ut libertates datæ conſerventur, qui principalis eſt; tum ut famæ defuncti conſulatur, cui ignominioſum, bona ſua à creditoribus poſſideri & diſtrahi: qua de re M. Tullius *pro Quintio*, & Juſtinian. *§. 1. ſup. quib. ex ca. man. & §. 1. de hæred. qual.* Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac cauſa addictionem fit quidem, ut ipſi in bona defuncti ire & ſibi conſulere non poſſint: cæterum exiſtit idoneus defuncti defenſor, qui de ſolido, quod cuique debetur, ſolvendo caveat, ut juſtam querimoniæ cauſam nullam habeant. Ita enim in univerſum jus eſt, ut quoties alicujus defenſor idoneus exiſtit, creditores in bona ejus non mittantur, *l. 2. & paſſ. quib. ex ca. in poſſ. l. ſed. & hæ. 35. §. 3. l. pen. de procur.* Lega-

tariis ex hac cauſa nec cavendum eſt: quippe qui deſtituto teſtamento nihil conſequerentur.

TEXTUS.

Ubi locum habeat.

3. *In primis hoc reſcriptum toties locum habet, quoties teſtamento libertates datæ ſunt. Quid ergo ſi quis inteſtatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita ſit ab inteſtato hæreditas? Favor conſtitutionis debebit locum habere. Certe ſi teſtatus deceſſerit, & codicillis dederit libertatem, competere eam, nemini dubium eſt.*

4. *Tunc enim conſtitutioni locum eſſe, verba oſtendunt, cum nemo ſucceſſor ab inteſtato exiſtat. Ergo quãdiu incertum erit, utrum exiſtat, an non, ceſſabit conſtitutio. Si vero certum eſſe cœperit, neminem exiſtere; tunc erit conſtitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum reſtitui poteſt, abſtinuerit hæreditate, quamvis poteſt in integrum reſtitui, poteſt admitti conſtitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo, ſi poſt addictionem libertatum conſervandarum cauſa factam in integrum ſit reſtitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates: quia ſemel competierunt.*

NOTÆ.

4. QUAMDIU INCERTUM] Ex Ulpian. *l. 4. pr. de fideic. libert.*

5. QUI IN INTEGRUM RESTITUI POTEST] Hic locus deſcriptus eſt ex *d. l. 3. §. 1. & 2.*

COMMENTARIUS.

Conſtitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus teſtamento datis. Cæterum & ſi quis inteſtato decedens codicillis libertates dederit, neque adita ſit ab inteſtato hæreditas placuit, ad hunc quoque caſum favorem conſtitutionis extendi, juxta id quod dicitur, favores eſſe ampliandos, *l. 2. de fideic. lib. l. ult. C. de teſt. man.* Quartus & quintus §§. deſumpti ex *l. 4. pr. §. 1. & 2. d. tit.*

TEXTUS.

Si libertates datæ non ſunt.

6. *Hæc conſtitutio libertatum tuendarum cauſa introducta eſt. Ergo ſi libertates nullæ ſint datæ, ceſſat conſtitutio. Quid ergo, ſi vivus dederit libertates vel mortis cauſa, & ne de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum, an non, factum ſit, idcirco velint ſibi bona addici, an audiendi ſunt? Et magis eſt, ut audiri debeant, etſi deficiant verba conſtitutionis.*

COMMENTARIUS.

Favor reſcripti à Juſtiniano etiam ad eum caſum trahitur, quo mortis cauſa libertates datæ ſunt, vel etiam ſimpliciter inter vivos, ut ſtatim valeant, ſi creditores poſtea obſiſtant, quod in fraudem ſuam datæ dicant. Quamvis enim verba conſtitutionis hic deficiant, ex æquitate tamen & ſententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri eum, qui libertatem accepit, ſi bona ſibi addici velit, parato creditoribus idonee cavere. Et igitur in propoſito quæ libertates ipſo jure non valerent, conſervantur beneficio addictionis bonorum.

TEXTUS.

De ſpeciebus additis à Juſtiniano.

7. *Sed cum multas diviſiones ejusmodi conſtitutioni deeſſe perſpeximus, lata eſt à nobis pleniſſima conſtitutio, in qua multæ ſpecies collatæ ſunt, quibus jus hujusmodi ſucceſſionis pleniſſimum eſt effectum, quas ex ipſius lectione conſtitutionis poteſt quis cognoſcere.*

COMMENTARIUS.

Conſtitutione Juſtiniani, quæ eſt *l. ult. C. de teſt. man.* jus addictionis bonorũ à D. Marco introductum multis modis amplificatum eſt. Amplificationem Hotomannus quatuor his verſibus complectitur. 1. *Jus poſtulandi annuum eſto.* 2. *Si plures ſimul ſatisdato poſtulent, iis bona ſimul addicuntor.* 3. *Ejus, qui plus ſe præſtaturum ſatisdabit, potiſſimum jus eſto.* 4. *Qui plus quam alter, cui addicta bona ſunt, intra annum offeret, altero libertatem ſuam retinente bona obtineto.* Hujus & ſuperioris tituli hodie nullus uſus eſt.

TITU-

TITULUS XIII.

Cod. lib. 7. tit. 24.

De Succeſſionibus ſublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex Senatusconſulto Claudiano.

TEXTUS.

Erant ante prædictam ſucceſſionem olim & aliæ per univerſitatem ſucceſſiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta; & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in uſu fuerant: ſed cum extraordinariis judiciis poſteritas uſa eſt, ideo cum ipſis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodo creditoribus datur officio judicis bona poſſidere, &, prout utile eis viſum eſt, ea diſponere: quod ex latioribus Digeſtorum libris perfectius apparebit. Erat & ex Senatusconſulto Claudiano miſerabilis per univerſitatem acquiſitio, cum libera mulier, ſervili amore bacchata, ipſam libertatem per Senatusconſultum amittebat, & cum libertate ſubſtantiam. Quod indignum noſtris temporibus eſſe exiſtimantes, & à noſtra civitate deleri, & non inſeri noſtris Digeſtis conceſſimus.

NOTÆ.

Per multas ambages] Bona debitoris, poſtquam aliquamdiu celeberrimis in locis proſcripta pependiſſent, ex edicto posſideri jubeantur: dein magiſter poſtulabatur & creabatur, per quem diſtrahebantur, & emptori addicebantur; qui omnibus in ſolidum, ſatisfaciebat: aut antequam emeret cum creditoribus de certa parte decidebat. Cic. *pro Quint. & 6. ad Attic. 1.* Atque hæc bonorum diſtractio etiam decemvirali verbo ſectio dicebatur. Fuſius hæc Th.

Quando iudicia ordinaria] Planius dixiſſet, quando veterum judiciorum ordo ſervabatur, quam poſteritas neglexit: quanquam quid hæc judiciorum diverſitas ad rem præſentem faciat, non video; ac ne illud quidem, quid circa eam poſtea innovatum, niſi quod bonorum emptor deſierit eſſe ſucceſſor univerſi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus ſatisfieret, *l. 6. & 9. C. de bon. auct. jud. poſſ.*

Libertatem amittebat] Poſt trinam denuntiationem domini. Th. denuntiationis meminit & Ulp. *tit. 11. §. 10.* Paul. *l. 27. depoſ.* Tacitus autem denuntiationis non meminit, ſed ſimpliciter ignorantis domini. Et forte diſputatione JCtorum hæc neceſſitas addita SCto. Hodie libertatem non admittit ſed verberibus caſtigatur ſervus, & diſſolvitur ejusmodi conjunctio, *l. un. C. de SC. Claud. toll.*

COMMENTARIUS.

Referuntur hoc tit. duæ ſpecies acquiſitionis per univerſitatem, quarum altera jam ante Juſtinianum in uſu eſſe deſiit, alteram ipſe ſuſtulit.

Qualis fuerat bonorum emptio] Si quis in jus vocatus poteſtatem ſui non faciebat, neque defendebatur, ejus bona ex edicto posſideri jubebantur: poſt deinde iis vendendis magiſtri conſtituebantur: & poſtquam aliquamdiu celeberrimis in locis proſcripta pependiſſent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur; qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in ſolidum ſatisfaciebat. Quod ſi diffidebat, ne paria facere poſſet, tum, antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus *Cic. 6. ad Attic. 1.* ubi ſcribit ſine edicto non poſſe tranſigi de bonis posſidendis, magiſtris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & poſtulari & fieri ſolere: item illud ex oratione *pro Quintio: Cujus bona ex edicto poſſidentur, hujus omnis fama & exiſtimatio cum bonis ſimul poſſidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certe tacite obſcure conceditur: cui magiſtri fiunt, & domini conſtituuntur, qui qua lege & qua conditione pereat, pronuntient, &c.* Idem obſervatum fuiſſe, cum bona defuncti ſolvendo non eſſent, nec hæredem reperirent, oſtendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum jure incognita eſt, *l. cum bona 16. l. Fufidius 29. de reb. auct. jud poſſ. l. Imperator. 60. de pact. l. 9. de cur. fur. l. 4. Cod. de bon. auct. jud. poſſ.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proſcriptiq; ſectoribus in auctione venderentur, qui, ut tradit *Aſcon. ad lib 1. in Verr.* ſpem lucri ſui ſecuti bona condemnatorũ ſemel auctionabantur, & ſemel pecuniam ærario inferebant: ac poſtea pro compendio ſuo ſingulas quasque res populo venditabant. Quo refert Hotomannus, quod Var-

ro, *lib. 2. de re ruſt. cap. 10.* modus acquirendi legitimi dominii enumerans, ſcribit; *Tumve cum in bonis ſectione cujus publice venit.* Hæc bonorum diſtractio etiam decemvirali verbo ſectio dicebatur; videturque ſucceſſiſſe ignominioſa iſta bonorum proſcriptio in locum ſectionis debitorum in partes, lege 12. tabb. introductæ: quam crudelitatem conſenſu publico poſtea eraſam eſſe, & in pudoris notam pœnam capitis converſam bonorum adhibita proſcriptione, teſtatur Tertull. *Apol. cap. 3. Suffundere,* inquit, *maluit hominis ſanguinem, quam effundere.* Add. *Gell. lib. 20. cap. 1. Salmaſ. de mod. uſur. cap. 18.*

Per multas ambages] Ter creditores adire prætorem oportebat; primum ut liceret bona poſſidere, deinde ut liceret magiſtrum bonis conſtituere, qui in auctione divenderet: poſtremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore, cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, paciſci. Cæterum hæc fuſius Theophilus.

Cum extraordinariis judiciis] Quid hæc judiciorum diverſitas ad rem præſentem faciat, non video: uti nec illud, quid hic poſterioribus temporibus innovatum. Sane nihil in eo, quod creditores in poſſeſſionem bonorum mittuntur, & poſtquam ea per certum tempus poſſederunt, jus vendendi à prætore impetrare poſſint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis, quo hic remittimur, ſub *tit. de reb. auct. jud. poſſ.* & in Codice quoque relata eſt, *l. 6. & 9. C. eod. tit.* Videntur mihi Compoſitores male iſta inter ſe oppoſuiſſe, tanquam pugnantia, *permitti bona poſſideri*, & poſt certum tempus *uni ea univerſa vendi.* Plane quod Theoph. refert, bonorum emptorem hæredis ſeu bonorum poſſeſſoris loco habitum fuiſſe, id poſtea obtinuiſſe non puto; ſed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus ſatisfieret, deſiiſſeque hanc acquiſitionem eſſe univerſalem. Jure noviſſimo modus miſſioni creditur conſtitutus, ut jam miſſio non fiat in univerſa bona, ſicut olim, *tit. de reb. auct. jud. poſſ.* ſed tantum pro quantitate debiti. *Nov. 53. c. 4. §. 1.* unde *auth. & qui jurat. C. de bon. auct. poſſ.*

Libera mulier ſervili amore bacchata] Senatusconſulto libera mulier, quæ ſe alieno ſervo junxerat, domino ſervi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatusconſulti Tacitus *lib. 12. Annal.* ubi de rebus geſtis ſub Claudio tractans ſic ſcribit; *Inter quæ refertur ad patres de pœna, fœminarum quæ ſervis conjungerentur: ſtatuiturque, ut ignaro domino ad id prolapſa, in ſervitute; ſi conſenſiſſet, pro liberta haberetur.* Ita locum ex Codice Farneſiano reſtituit Lipſius. Suetonius hoc ipſum decretum adſcribit Veſpaſiano, ut, niſi erret Suetonius, id repetitum fuiſſe neceſſe ſit. Denuntiationis Tacitus non meminit, ſed ſimpliciter ignorantis domini: unde licet exiſtimare, neceſſitatem denuntiandi, ne cum ſervo conſuetudinem haberet, (*vid. Ulp. tit. 11. §. maxima 10. l. 27. depoſ. l. un. C. de ſen. Claud. toll. l. edicimus, C. Theod. de murileg. Theoph. hic. Petr. Fab. lib. 1. ſemeſt. 25.*) diſputatione Juriſconſultorum Senatusconſulto additam. Juſtinianus autem hoc Senatusconſultum ſuſtulit, permiſitque domino poteſtatem, ſi quid tale ſervus commiſerit, eum caſtigandi atque avellendi à muliere, ſimul denuntians, non impune laturum dominum, ſi hac poteſtate non utatur, *d. l. ult. Cod. de ſen. Claud. toll.*

TITULUS XIV.

D. lib. 44. tit. 7. Cod. lib. 4. tit. 10.

De obligationibus.

1. *Ratio ordinis.*
2. *Duo inſignes errores notati.*
3. *Neque definitionem neque diviſiones hic propoſitas continere omnem ſpeciem obligationis.*
4. *Obligationum ſumma diviſio.*
5. *Quid ſit & quam vim habeat obligatio naturalis.*
6. *Explicatur l. 10. de obl. & act.*
7. *Quæ res faciant, ut tantum naturalis, non etiam civilis ſit obligatio.*
8. *Non omnium naturalium obligationum eundem eſſe effectum jure civili, & quæ qualem habeant.*
9. *Obligatio mere civilis.*
10. *Obligatio mixta.*

TRia eſſe diſciplinæ juris ſumma capita ſeu objecta didicimus §. *ult. ſup. de jur. nat. gent. & civ.* perſonas, res, actiones. De jure perſonarum, id eſt, eo jure, quod cuique competit pro conditione & ſtatu perſonæ, diſputatum à titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio ſuſcepta *tit. 1 lib. 2.* ubi diximus, rei appellatione in hac diſtinctione objectorum, ſignificari non tantum ea quæ dominii noſtri ſunt, cæteraque jura in rem, quæ vindicari poſſunt: verum etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, dominii verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & diſtrahendarum ratione nunc ſequitur. Quæ tractatio con-

con-

continuatur usque ad tit. ſextum libri 4. ubi initium fit diſputationis de actionibus.

2 Duo igitur errores hic nobis vitandi ſunt. Quorum unus eorum eſt, qui ita obligationes à rebus ſeparant, tanquam ad tertium juris objectum, id eſt, actiones pertinerent: alter eorum, qui eas referunt ad objectum primum, quod eſt de jure perſonarum. In priore errore Theophilus eſt & vulgo interpp. qui exiſtimant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus, præmittique obligationes, ut actionum cauſas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falſum eſſe, vel ex uno hoc apparet, quod iſta conſideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quam dominium, quam cætera in rem jura, quam ipſum jus perſonæ: quippe quæ & ipſa ſingula ſuas actiones habent & pariunt, *§ 1. & 2. §. 13. inf. de act.* Alter error Vulteji eſt, qui *lib. 1. diſc. ſchol. cap. 16 & ad hanc rubr.* contendit, obligationes referendas eſſe ad jus perſonarum. Quem temere ſecutus eſt D. Anton. Matth. *Colleg. Inſt. 2. diſt. 3.* Utitur Vultejus duplici fere argumento. Primum eſt, quod obligatio perſonæ inhæret. Atqui eadem ratione multo magis uſum & uſumfructum ad jus perſonarum referri oportebat. Sed quid certius eſt, quam ea omnia, quæ in bonis & patrimonio noſtro ſunt, ad tractatum rerum pertinere; nec ſolum res corporales, verum etiam incorporales, *ſup. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hæreditate, uſufructu, ſervitutibus, numeratur etiam obligatio, ut res in bonis noſtris & ſubjecta acquiſitioni, *add. l. 49. de verb. ſign.* Apparet vero, Vultejum obligationes tantum conſideraſſe in relatione ad perſonam debitoris, cum præcipue hic conſiderandæ ſint ratione creditoris, qui eas contrahendo ſibi acquiſivit, easque ſuo modo vendendo, donando, legando, in alium transferre poteſt: quæ oſtendunt, obligationes à parte creditoris eſſe in commercio, quod de jure perſonarum, puta libertatis, civitatis, familiæ, nemo dixerit. Sed etſi obligationes conſiderentur ex parte debitoris, ut perſonæ ejus inhærentes, tamen ad jus perſonarum ne iſto quidem reſpectu referri poſſunt. Jus enim perſonæ dicitur, quod perſonam afficit, quatenus perſona eſt, id eſt, id jus, quo quisque in civitate cenſetur propter ſtatum & qualitatem perſonæ ſuæ. Quid autem obligatio commune habet cum ſtatu debitoris? Quis ita perſonas unquam diſtinxit, ut dixerit, quasdam perſonas eſſe obligantes, quasdam obligatas: aut hominum alios eſſe creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etſi perſonam obligati afficit non tamen afficit, quatenus conſideratur ut perſona, ſed quatenus ut debitor. At debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur Neque enim hic finis ſummus eſt obligationis, ut perſonam nobis obligatam habeamus, ſed ut rem in obligationem deductam conſequamur, *l 3. de obl. & act. l. ſtipulatio 38 §. alteri 17. de verb. oblig.* Quamobrem ſive eſſentiam obligationum ſpectemus, ſive objectum earum, ſive finem ultimum, non alio referri poſſunt aut debent, quam ad eam diſciplinæ noſtræ partem, quæ eſt de jure rerum. Alterum argumentum Vulteji tale eſt. Si obligatio ad jus rerum pertineret, uti dominium pertinet, tum ex obligatione quoque, uti ex dominio, competeret actio in rem: at actio ex obligatione in perſonam eſt: ergo ipſa obligatio ad jus perſonarum, non rerum, referenda. Πονηρὰ ἔκθεσις & error perſpicuus παρὰ τὸ ἑπόμενον Non enim ideo actio ex obligatione in perſonam eſſe dicitur, quia per eam aut perſonam, aut jus aliquod, quod in perſonam aut perſonæ ſit, perſequimur: (quippe ſemper perſequimur rem aliquam externam, eam, quæ ex obligatione præſtanda eſt). Sed quia hæc actio in perſonam obligati dirigitur, & ſemper adverſus eum locum habet, cum id rem actio cum te ambulet, & ſequatur poſſeſſorem, *l. actionum 25. de oblig. & act.* Quinimo contra ſi obligatio jus eſſet perſonæ, actio, quæ de eo jure competeret, ad claſſem actionum in rem referenda eſſet, non ad eas, quæ in perſonam competunt: argumento actionum præjudicialium, quæ de ſtatu & vero jure perſonarum competunt, quas in rem eſſe expreſſe ſcriptum eſt in *§. præjudiciales 13. infr. de act.* quanquam hoc etiam negavit Vultejus, quia vidit ſententiæ ſuæ repugnare. Sed de his opulentius ſuis locis *§. 1. & d. §. 13. inf. de act.* Hoc titulo primum docetur, quid ſit obligatio: deinde dupliciter ea dividitur à cauſis efficientibus: poſtremo prima & præcipua ejus ſpecies ſubdividitur in quatuor ſpecies inferiores. 3 Quoniam vero neque definitio, neque diviſiones hic propoſitæ omnes ſpecies obligationum continent, ſed ad eas duntaxat pertinent, quæ actionem, eamque efficacem, jure civili producunt, & tamen illæ quoque, quæ vel non producunt actionem, vel eam producunt, quæ exceptione repelli poteſt, ſuum quendam uſum & effecta jure civili habent, recte facturi videmur, ſi prius quam ad ea declaranda accedimus, quæ hic à Juſtiniano tradita ſunt, naturam diverſitatemque obligationum à capite repetitam explicemus. 4 Omnis obligatio vinculum quoddam juris eſt, quo adſtringimur ad aliquid præſtandum. Cæterum cum ad hoc aliquando nos adſtringat, ſola æquitas & ratio naturalis, interdum mera ſubtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ ac civile ſimul, pro hac juris varietate, obligatio in tres ſpecies recte dividitur, in puram naturalem, meram civilem & mixtam. 5 Naturalis obligatio eſt naturæ & æquitatis vinculum, quo ita adſtringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine ſit actio jure civili. Dicitur naturalis non à natura, ſeu

ſeu naturali inſtinctu nobis cum brutis animantibus communi, ſed à natura humana, id eſt, recta ratione, quæ ſola quod æquum eſt, dictat. Itaque naturalis obligatio non eſt duplex, ut quidam opinati ſunt; una, quæ ſit ex jure gentium & humani generis propria; altera, quæ ſit ex jure naturali omnium animantium communi, & in bruta quoque cadat, in quæ nec conſenſus nec intellectus cadit: ſed una & ſimplex, quæ tota eſt ex jure gentium, ut ipſa æquitas, cujus vinculo ſuſtinetur, *l. Stichum 95. §. 4. de ſolut.* quod etiam Paulus confirmat *l. cum amplius 84. §. 1. de reg. jur.* ubi ait, eum natura debere, quem jure gentium dare oportet. Hæc obligatio conſcientias quidem hominum devincit, cum ſit vinculum naturæ & æquitatis, *d. l. 95. §. 4. de ſolut. d. l. 84. §. 1 de reg jur.* quo loco verbo *oportet* quædam neceſſitas moralis ſignificatur, in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactionem producat: id quod ex enumeratione ſpecierũ, quæ ad hoc
6 genus obligationis pertinent, liquere poteſt Nã quod in *l. 10. de obl. & act. l. fidejuſſor. 16. §. 4. de fidejuſſ.* dicitur, naturales obligationes non eo ſolo æſtimari, ſi actio aliqua ex his competat: verum etiam ſi ſoluta pecunia repeti non poteſt, id non totum ad puras naturales pertinet, ſed poſterius duntaxat: pars autem præcedens ad mixtas, eas ſcilicet, quæ naſcuntur ex contractibus juris gentium, & quæ ipſæ nonnunquam abſolute naturales dicuntur, *l. debitor. 59. verſ. videamus, ad ſenat Treb. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. 2. verſ. ſupereſt. de verb. oblig.* nimirum quia tota eſſentia ſua ſunt ex jure gentium *l. 5. de juſt. & jur.* à jure autem civili præter nudam confirmationem nihil habent: quo tamen reſpectu cum etiam civiles ſint, nomine civilium frequentius appel-
7 lantur, propter auctoritatem juris civilis. Ut naturalis tantum, non etiam civilis ſimul ſit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut perſonæ paciſcentis contrahentisve, aut qualitas perſonæ & negotii ſimul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, ſed illa duntaxat, quæ vel in proprium nomen contractus tranſit, vel cui præter conventionem alia ſubeſt obligandi cauſa, vel quæ legitima dicitur, aut quæ contractui incontinenter adjecta, *l 6. l. 7. in pr. §. 2. & 4. de pact.* Ex cæteris, quæ ſolo placiti fine ſtant, naſcitur duntaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerunt, ut ex iis etiam ultro agere liceret, *d. l. 7. §. 4. de pact. l. 10. C. eod. l. ſi tibi 27. Cod. de collat.* Plura dicemus infra ſub §. *ultim.* Secundo facit qualitas perſonæ contrahentis, ut ex conventione, quantumvis idonea, tantum naturalis obligatio oriatur, veluti ſi pupillus, intelligens quod agit, contraxerit ſine tutoris auctoritate; *l. ſi pupillus 127. de verb. oblig. l. 1. in fin. de novat. l. cum illud 25. §. 1. quand. dies, leg.* Aut Servus, *l. 14. de oblig. & action. l. 13. de cond. ind.* aut is, cui bonis interdictum eſt, *l. 6. de verb. obl.* Perſonæ & negotii qualitas ſimul, veluti ſi mulier interceſſerit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit, *l. 16. §. 1. ad ſen. Vell. l. 9. in fin. cum ſeq. de ſenat. Maced.* Præter hæc etiam citra ullam conventionem ſola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit. Qualis eſt cauſa beneficii accepti. Unde obligatio ad ἀντίδωρα; *l. ſed & ſi 25. §. conſuluit 11. de hered. pet. per l. ſi pignore 54. §. 1. de furt.* & quæ hujus ſpecies eſt, manumiſſio, unde operarum officialium debitio naturalis, *l. ſi non ſortem 26. §. libertus 12. de cond. ind.* Ad hanc claſſem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate teſtatoris teſtamento minus ſolenni declarata: item eam, qua hæres legatis oneratus tenetur ea integra præſtare citra detractionem Falcidiæ, *l. 2. Cod. de fideic. l. 5. §. ſi quis 15. de don. int. vir. & uxor. l. 1. l ult. Cod. ad legem Falcid.* Naturalium harum obligatio- 8
num quædam in totum juris civilis auxilio deſtituuntur, quædam non omnino hujus auxilii ſunt expertes. Prioris generis eſt obligatio beneficii accepti, in qua nulla neceſſitas præter illud honeſtatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obſtringitur is, qui beneficium accepit, ſi vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipſum jus gentium pudori cujusque totum hoc reliquiſſe. Quippe *alia eſt*, ut ait Cicero pro Planc, *debitio gratiæ, alia pecuniæ*: neque convenit beneficia fœnerari aut in calendario ſcribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ *3. de benef.* *Cum res honeſta ſit, referre gratiam, deſinit honeſta eſſe, ſi neceſſaria eſt*, id eſt, honeſtatis gradum excellentem amittit; quod ſequentia indicant, *Non enim magis laudabit quiquam gratum hominem; quam eum, qui depoſitum reddidit aut quod debebat, citra judicium ſolvit.* Et mox: *Non eſt glorioſa res gratum eſſe, niſi tutum eſt ingratum fuiſſe* Operarum tamen, quæ ex cauſa manumiſſionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut ſolutæ per errorem repeti non poſſint, *d. l. 26. §. libertus, de cond. ind.* Ejuſdem fere conditionis eſt & obligatio teſtamenti minus ſolennis & ad integra legata præſtanda: nam etiam quod ex his cauſis per errorem facti ſolutum eſt, jure civili repeti poteſt, *l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. de leg. Falc.* Similiter ſi is, cui bonis interdictum eſt, quid promiſerit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejuſſores quidem admittat, quaſi negotium nullum geſtum ſit, *l. 6. de verbor. obl.* Tantundem dici poteſt de transactione alimentorum Senatusconſulto prohibita, *l. eleganter 23. §. 2. de cond. ind.* item de interceſſione mulierum, niſi quod obligatio

gatio

gatio hinc nata actionem parit, ſed quam inefficacem reddit perpetua Senatusconſulti exceptio, *l. qui exceptionem 40. d. t. l. 9. C. eod.* Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, ſi paterf. factus ſolverit, non repetit, *d. l. 40. l. 9. in fin. de ſen. Mac.* Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventione deſcendunt; eosdem pene effectus, ſi unam dempſeris actionem, jure noſtro habent, quos habet naturalis & civilis ſimul. Ac de hujusmodi obligationibus potiſſimum agunt Juriſconſulti, cum ajunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre eſt *l. 13. l. ſi pœna 19. l. frater 38. l. quod pupillus 41. ſi quod 64. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. l. 1. de novat. l. propen. de obl. & act. l. 5. §. 2. de ſolut.* & ſimilibus locis. Effectus iſti principales hi ſunt, debiti hujus naturalis cum alio quovis compenſatio, *l. 6. de compenſ.* ejusdem ſoluti per errorem retentio, *d. l. 10. de obl. & act. d. l. 19. de cond. ind. l. 1. §. id quod 17. ad leg. Falc l. 3. C. de uſur.* Præterea quod ita naturaliter debetur, conſtitui poteſt, *l. 1. §. pen. de pec. conſt.* item novari, *l. 1. in fin. de novat.* Poteſt & fidejuſſor huic obligationi accedere, *§. 1. inf. de fidejuſſ.* denique & pignus, *lib. 5. de pign.* Minus tamen efficacitatis eſt in obligatione pupilli ſine tutoris auctoritate contracta: quippe quæ acceſſiones duntaxat recipit; principalia autem illa ut pupillo nocentia reſpuit: quo adſpectu, quod pupillus ita promiſit, ne natura quidem deberi dicitur, *d. l. 41. de cond. ind. d. l. propen. de obl. & act.* Obligatio mere civilis eſt vinculum ſolius juris civilis, ſeu ἀκριβοδικαίας, quo quis ita tenetur: ut ſummo jure in eum ſit actio, ſed quæ jure prætorio infirmetur, oppoſita perpetua exceptione. Hujus generis ſunt omnes illæ, quæ ſola juris ſubtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti ſi quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus aliquid promiſerit; aut ſi poſt conſtitutam obligationem debitor cum creditore pactus ſit, ne à ſe peteretur, *§. 1. & ſeqq. inf. de except.* Hoc genus obligationis propemodum ſine re eſt, & exitu inutile, *l. 3. §. 1. de conſt. pec. l. nihil intereſt 112. de reg. jur. l. 14. de compenſ.* Mixta obligatio ſeu naturalis & civilis ſimul, eſt vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adſtringitur, ut actio efficax in eum detur. Mixtam hanc obligationem vocamus, propterea quod eam & naturalis ſuſtinet æquitas, & ſimul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam ſola plenam præſtandi neceſſitatem habet, actionemque & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc eſt, quod ſola proprie & abſolute obligatio in uſu juris vocatur: quemadmodum & debitor is proprie intelligitur, à quo invito pecunia exigi poteſt, *l. debitor 108. de verb. ſign.* & ex adverſo creditor, qui exceptione perpetua removeri non poteſt. *l. 10. eod. tit.* alii per abuſionem, *l. 16. §. 4. de fidejuſſ.* Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantum & definitiones & diviſiones hoc titulo propoſitas pertinere. Eſt vero, quod apprime notandum eſt, mixta hæc obligatio aut vere talis, aut præſumptive; qualis eſt obligatio judicati, & confeſſi; item jurisjurandi neceſſarii. Quippe res judicata pro veritate accipitur, *l. poſt 56. de re jud. l. 207. de reg. jur.* confeſſi in jure pro judicatis habentur, *d. l. 56. l. 1. de confeſſ. l. un. C. eod.* jurisjurandi quoque aut potius ſententiæ ex eo latæ eadem fere vis eſt. Hujus generis etiam obligatio eſt, quæ dicitur literarum, *Inf. de lit. obl.* Jam ad explicationem textus accedamus.

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Nunc tranſeamus ad obligationes. Obligatio eſt juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ ſecundum noſtræ civitatis jura.

NOTÆ.

Obligationibus] Th. & Accurſ. putant hic initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed perperam: nam non minus obligatio res eſt incorporalis & ad ſecundum juris objectum pertinet, quam hæreditas, uſusfructus, ſervitutes, *ſup. de reb. corp. & incorp. & §. ult. de uſ. & hab.*

Juris vinculum] Omnis obligatio eſt juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis: naturalis, vinculum æquitatis, *l. 95. §. 4. de ſolut.* civilis mera, rigoris ſeu ἀκριβοδικαίας *inf. de exc. in pr.*

Necessitate] Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet ex qua jure civili agi non poteſt, quamvis moralem neceſſitatem adjunctam habeat; veluti quæ ex nudo pacto naſcitur, *l. 7. §. 4. de pact. junct. l. 84. §. 1. de reg. jur.* nec civilis nuda, quæ propemodum ſine re eſt, & exitu inutilis, *l. 3. §. 1. de conſt. pec. l. 112. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

Eſt juris vinculum] Recte *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus eſt, neceſſitate quadam præſtationis tenetur, ut effugere non poſſit, niſi vinculo hoc ſoluto. Metaphora ſumpta à vinculis corporeis. Concepta eſt definitio relatione facta ad perſonam debitoris, ita tamen, ut ſimul oſtendat, quodnam hic ſit jus creditoris. Sequentia formam obligationis ſubjecto, effectu & cauſa efficiente remota adumbrant.

Neceſſitate adſtringimur] Effectus. Obligatio (ſic abſolute nunc porro mixta vocabitur) ſemper

adjunctam habet neceſſitatem præſtationis: quæ neceſſitas in eo conſiſtit, ut niſi obligatus præſtet id, quod debetur, jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitũque ad ſolutionem compellere.

Alicujus rei] Subjectum. Rei autem verbum generale eſt, & factum quoque comprehendit, *l. 1. in fin. de reb. cred.* Proinde ſive in dando conſiſtat obligatio, ſive in faciendo, neceſſitas obligationis poſtulat, ut utrumque præſtetur, *l. 2. de verb. obl. §. ult. inf. eod. l. 3. de obl. & act.*

Solvendæ] Solvi dicitur res in uſu juris, cum debita præſtatur *l. ſolutam 49. de ſolut. l. ſi rem. 9. §. 3. & ſeqq. de pign. act.* eaque ſolutione tollitur obligatio, *inf. quib. mod. toll. obl. in pr.* tametſi perſona obligati tantum adſtringi videtur, non res ipſa, niſi per conſequentiam, aut niſi pignori nexa ſit. Etenim obligationis non hæc vis eſt, ut aut corpus aliquod, aut ſervitutem noſtram faciat, aut ut per eam dominium aliudve jus in rem immediate conſequamur: ſed jus tantum ad rem tribuit, id eſt perſonam nobis obſtringit ad dandum vel faciendum, *l. 3. de obl. & act.*

Secundum noſtræ civitatis jura] Hæc verba referenda ſunt ad totum illud, quod præcedit, *quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ.* Temperatur enim hac adjectione non, ut male Theophilus, poteſtas ſolvendi, ſed neceſſitas: ut intelligamus adſtringi nos non quibuslibet modis: non ex quavis cauſa, ſed ſecundum jus civitatis noſtræ: item neceſſitate non quavis, ſed in qua inſit ea cogendi ratio, quæ jure civitatis noſtræ ſit approbata. Quod ſi cum Theophilo verba hæc ad id ſolum, quod proxime præcedit, *rei ſolvendæ*, referimus, falſam efficimus ſententiam, nimirum, eum, qui non recte ſolvit, non eſſe obligatum. In eodem errore fuit & Accurſius.

TEXTUS.

Diviſio prior.

1. Omnium autem obligationum ſumma diviſio in duo genera deducitur: namque aut civiles ſunt, aut prætoriæ. Civiles ſunt, quæ aut legibus conſtitutæ, aut certo jure civili comprobatæ ſunt. Prætoriæ ſunt, quas prætor ex ſua jurisdictione conſtituit; quæ etiam honorariæ vocantur.

NOTÆ.

1. OMNIUM OBLIGATIONUM] Scil. ad actionem producendam efficacium: de quibus ſolis etiam concepta definitio.

AUT JURE CIVILI COMPROBATÆ] Prioris generis eſt obligatio literarũ & verborum, pacti legitimi, furti nec manifeſti, damni injuria dati, &c. hujus ſunt omnes, quæ naſcuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

PRÆTOR EX SUA JURISDICT.] Ex quibus ſcil. actionem in perſonam dedit, *§. 8. & ſeqq. inf. de act.*

COMMENTARIUS.

A*Vt civiles aut prætoriæ*] Diſtributio obligationis à cauſis efficientibus remotis. Nulla enim eſt obligatio (vera ſcilicet & efficax, de qua ſola hic diſputatur) quæ non aut jure civili aut prætorio conſtituta vel recepta ſit. Illud hic monendi ſumus, cum civiles obligationes opponuntur naturalibus, appellatione civilium prætorias quoque contineri; ſicut in univerſum, cum jus civile opponitur naturali, ejus appellatione etiam prætorium venit. Nam jus prætorium pars eſt juris civilis generaliter ſumpti. *§. 3. ſup. de jur. nat. gent. & civil.* At cum obligationes civiles prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas duntaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritatem habet, conſtitutæ aut confirmatæ ſunt: quemadmodum cum in genere jus civile opponitur prætorio, id jus ſignificatur, quod ex legibus, plebiſcitis, ſenatusconſultis, decretis Principum, auctoritate prudentum deſcendit, *l. 8. de inſt. & jur.* Similis huic eſt diviſio actionum *§. 3. inf. de act.*

Conſtitutæ aut comprobatæ] Sit igitur civilium obligationum hæc quædam ſubdiviſio, quod earum quædam jure civili conſtitutæ ſunt, quædam ſimpliciter approbatæ ſeu receptæ. Prioris generis ſunt paucæ, ex contractu obligatio literarum & verborum, *inf. tit. 22. & tit. 16.* ex delicto, qua tenetur fur nec manifeſtus, *arg. §. 4. inf. de noxal. act. junct. pr. inf. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnum injuria dedit, cujus quadrupes pauperiem fecit, qui arbores furtim cecidit, *inf. tit. de leg. Aquil & ſi quadrup. paup. fec. l. 1. arb. furt. cæſ.* Referunt huc vulgo & eas, quæ deſcendunt ex pactis ſpeciali lege confirmatis, quæ dicuntur legitima, *l. 6. de pact.* quale verbi cauſa eſt pactum donationis; & pollicitatio dotis *l. ſi quis 35. §. ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio conſtitutione civilis eſt, qua tenetur is, cui ex Senatusconſulto Trebelliano reſtituta eſt hæreditas. In poſteriore genere ſunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ naſcuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Quas prætor ex ſua Iurisdictione] Naturalem æquitatem ſecutus. Nam omnis obligatio prætoria naturalis quoque eſt: à prætore autem introducta

dicitur

dicitur ea, ex qua prætor in perſonam in foro civili actionem dedit. Cujusmodi eſt illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut ſervi; qua conſtituens pecuniam ei, cui conſtituitur; qua is, qui detulit jusjurandum juranti: item quæ ex furto manifeſto, rapina, injuriis, naſcitur; cæteræque omnes, quibus qui obſtrictus eſt, honoraria actione tenetur, *vid. inf. §. 8. & aliquot ſeqq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot.* item §. 4. *de nox. act. & §. ult. de leg. Aquil.*

TEXTUS.

Diviſio poſterior.

2. *Sequens diviſio in quatuor ſpecies dividitur. Aut enim ex contractu ſunt, aut quaſi ex contractu, aut ex maleficio, aut quaſi ex maleficio. Prius eſt, ut de iis, quæ ex contractu ſunt, diſpiciamus. Harum æque quatuor ſunt ſpecies. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis aut conſenſu: de quibus ſingulis diſpiciamus.*

NOTÆ.

2. *Aut enim ex contractu, &c.*] Hæc diviſio ſumpta eſt à cauſis efficientibus proximis ſeu factis obligatoriis; ſine quibus nulla aut jure civili aut honorario confirmatur, *l. 37. de obl. & act.* Accuratior eſt, quam illa aut Caji *l. 1.* aut Modeſtini *l. 52 hoc tit.*

Ex contractu] Contractus eſt conventio obligationem pariens citra ſpeciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoriæ tum pacta nuda & legitima; quorum illa obligationem non pariunt, hæc pariunt ob ſpecialem confirmationem, *l. 6. l. 7. §. 4. de pact.* Labeonis definitio *l. 19. de verb. ſign.* particularis eſt: tam enim contractus ſunt negotia ex uno latere obligatoria, ut mutuum & ſtipulatio, quam utrinque, ut venditio, locatio. Et quid notius illa συναλλαγμάτων diſtributione in μονόπλευρα καὶ δίπλευρα?

COMMENTARIUS.

1. *Unde ſumpta ſequens hac diviſio.*
2. *Rectene Ariſtoteles delictum ſpeciem faciat συναλλάγματος.*
3. *Præter quatuor ordinarias obligationum cauſas, quæ hic recenſentur, eſſe & alias quasdam irregulares & extraordinarias.*
4. *Modeſtini obligationum diviſio minus accurata in l. 52. de obl. & act.*
5. *Quid ſit conventio ſive pactio aut pactum in genere, & quotuplex.*
6. *Quid pactum nudum, quod paſſim abſolute pactum. Et cur ex eo jure civili non detur actio.*
7. *Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Item n. 10.*
8. *An pacta ex continenti adjecta à parte actoris inſint etiam in contractibus ſtricti juris.*
9. *De conventione non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, diviſio, cum explicatione l. 19. de verb. ſign.*
11. *Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta ſcita juris Canonici.*
12. *Explicatur ſubdiviſio obligationum primæ ſpeciei.*

A*ut enim ex contractu, &c.*] Ἐπιδιαίρεσις ſeu ſecunda obligationum diviſio à cauſis efficientibus proximis. Nulla enim eſt obligatio, quæ nō ex cauſa aliqua, & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente naſcatur: nec ulla jure civili aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus conſiſtat, ut loquitur Papinianus, id eſt, quæ non ex propria cauſa conſtituta ſit, *l. obligationes 27. hoc tit. de obl. & act.* Cauſæ ſeu facta obligatoria quatuor hic ponuntur à Juſtiniano, totidemque obligationis ſpecies his cauſis inter ſe diſtinctæ, contractus, quaſi contractus, maleficium, quaſi maleficium. Ariſtoteles 5. *ethic. 2.* uno verbo συναλλάγματος hæc omnia comprehendit. Duo enim ille genera συναλλαγμάτων facit, ἑκούσια & ἀκούσια, voluntaria & involuntaria, ἑκούσια appellat commercia; conventiones contractus: ἀκούσια, maleficia & delicta. Verum enim vero ſi vox Græca συναλλάγματος reſpondet verbo Latino commercii aut contractus, valde abuſive delictum dicitur ſpecies συναλλάγματος: ipſeque Ariſtot. *c. 5.* ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad juſtitiam συναλλακτικὴν pertinere. Utut eſt, in jure noſtro συνάλλαγμα tantum ad commercia refertur, *l. 7. §. 2. de pact. l. Labeo 19. de verb. ſign.* cōmercium autem uno modo uſurpatur pro conventione & contractu; atque hæc à delictis perpetuo ſeparantur. Unico tantum loco delictum appellatur contractus, non quidem involuntarius, ſed malus, *l. ſi rerum 52. de re jud.* ubi Triphoninus ſcribit, actionem rerum amotarum *ex malo contractu*, aut, ut eſt in codice Florentino, *ex malo contractu oriri.* Papinianus quoque verba Demoſthenis in oration. contra Ariſtogitonem, ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων, Latine reddidit, *delictorum, quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio. l. 1. junct. l. 2. de legib.* Illud vero frequens apud noſtros eſt, ut appellatione contractus & maleficii etiam quaſi contractus & quaſi male-

M 2 leſi-

leficia ſignificentur, *l. 16. de neg. geſt. l. contractus 23. de reg. jur. l. 1. l. 4. l. ex contractibus 49. hoc tit.* §. 1.
§. 10. §. *rei 17. & ſeq. inf. de act.* §. 1. *inf. de perp. & temp. action.* Porro ſciendum eſt, quatuor cauſas obligationis, quæ hic à Juſtiniano recenſentur,
eſſe quidem illas principales & ordinarias: cæterum eſſe præterea quaſdam obligationes, quæ ex
nulla quatuor iſtarum cauſarum proficiſcuntur, ſed
ex ſola & ſingulari æquitate. Cujusmodi ſpecies
obligationis eſt, quæ à Celſo proponitur *in l. ſi & me & Titium 32. de reb. cred.* item ex qua ad exhibendum agitur, *l. 3.* §. *3. ad exhib.* quam nullum omnino factum obligatorium præcedere conſtat. Item
illa, qua in duplum obſtringitur, qui tignum alienum ædibus ſuis bona fide junxit, §. *cum in ſuo 29. ſup. de rer. div.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum ſubſidiariæ dantur, §. *ult. inf. de leg. Aquil. l. in rem 23.* §. *item quæcunque 5. de rei vind.*
Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventione eſt,
eadem eſt ex contractu, veluti quæ datur ex pacto
legitimo, vel ex conſtituto. Quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego cauſam eſſe arbitror, quod Gajus *l. 1. pr. hoc tit.* cauſas & fontes
obligationum indicaturus, contractus & maleficii
tantum meminit, cautionis gratia ſubjiciens, eas,
quæ extra hæc facta naſcuntur, proprio quodam
jure naſci ex variis cauſarum figuris. Sic ergo
habendum, duo illa, contractum & maleficium,
eſſe cauſas obligationum generales & ordinarias ac
principes, eſſe tamen & alias nonnullas, ſed quæ
ſint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine ſignificari, nec certa regula comprehendi poſſint. Videtur autem Gajus *in d. l. 1.* nomine contractus & maleficii etiam quaſi contractum & quaſi
maleficium intelligere: quæ tamen cum ſingula proprie & diſtincte conſiderare volumus, à contractu &
maleficio diverſa eſſe, idem recte docet, *l. 5. eod.* &
ex eo Juſtinianus *inf. tit. de obl. quæ quaſi ex contr. & de obl. quæ quaſi ex del.* Igitur pro quadruplici
illa conſideratione cauſarum quadripartita quoque
eſt obligationis diviſio. Extat alia obligationis ex
cauſa diſtributio apud Modeſtin. *l. obligamur 52.*
4 *hoc tit.* ſed minus accurata. Confundit enim eo loco Modeſtinus cauſas remotiores cum propinquis;
nimirum cauſas juris & facti; cauſas, propter quas
obligatio conſtituitur, cum jure, quod obligationem
conſtituit, aut confirmat. Plura etiam vitia iſtius
diviſionis alii obſervarunt. Ego ſingula ad amuſſim
examinare nolim: nam pinguius aliquando diſputant Juriſconſulti.

De iis, quæ ex contractu] quid ſit contractus intelligi non poteſt, niſi prius in genere conſtet,
quid ſit conventio: eſt enim contractus ſpecies conventionis; *l. 1.* §. *3. l. 7. de pact.* Conventio ſeu
pactio (idem enim hæc duo, & item pactum in genere ſumptum, valent) eſt duorum vel plurium in
idem, placitum & conſenſus, definitore Ulpiano
d. l. 1. §. *2. de pact. l. 3. de pollic.* In idem, id eſt, in 5
eandem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat,
prout placuit. Conventionum duæ ſunt ſpecies: aut
enim ex publica cauſa fiunt, aut ex privata, *l. 5 de pact.* De publicis tractare non eſt hujus loci. Privata conventio aut nuda eſt aut non nuda, *d. l. 7.* §.
1. 2. & 4. de pact. l. 10. Cod. eod. l. 15. de præſcr. verb.
Non nudam conventionem Doctores vulgo veſtitam & pactum veſtitum appellant, verbo magis
quam ſenſu inconcinno. Nuda conventio eſt, quæ 6
in nudis placiti & conventionis finibus ſtat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi cauſam
præter conventionem, *d. l. 7.* §. *1. 2. & 4. de pact. l. 27. C. de locat.* in libris noſtris etiam pactum ſimpliciter & paſſim appellatur, *d. l. 7.* §. *4. & ſeqq. l. 10. Cod. eod. l. 15. de præſcr. verb. d. l. 27. C. de locat. l. 1. Cod. de pact. conv. l. 5 C. de contr. ſtipul. l. 5* §. *2. de ſolut.* Appellatur pactum nudum, quia ſolum pactum eſt, nihil amplius, *l. 23. Cod de pign.* nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam
voluntatem, nudum conſenſum, nudam proprietatem, &c. dicimus. Græcis ψιλὸν σύμφωνον,
Quod definiunt, ἡνίκα μὴ ὠνομασμένον ᾖ, ἀλλὰ μένον συστῇ ἐπὶ δόσει. Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea
actio detur, *d l. 7.* §. *4. & ſeq. l. diviſionis 45. de pact. l. 8. l. 15. de præſc. verb. l 19. l. 21. l. ſi certis 28. C. de pact. l. ſive apud 28. C. de transact. l. 3. de rer. permut. cum ſimilibus.* Imo proverbii vice olim jactatum fuiſſe, *ex pacto actionem non naſci*, indicant
Impp. *in d. l. 10. Cod de pact. & d. l. 1. Cod. de pact. conv. tam. ſup. dot. & ideo omnibus pactis ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit*,
ut ait Paul. *2. ſent. 22.* §. *ult.* Cæterum quæ
pacta liberationis cauſa interpoſita ſunt, jure prætorio exceptionem pariunt, *d. l. 7.* §. *4. & ſeqq. l. 13. d. l. 28. C. eod. &c.* Nimirum conditores juris Romani
hujusmodi conventionibus vim coactricem ſubtraxerunt, ut ſola paciſcentium fide ſtaretur, honeſtius
atque ad excitandum virtutis ſtudium conducibilius
eſſe exiſtimantes, quædam relinquere hominum inter ſe ſpontaneæ fidei & probitati, quam omnia
vinculis legum & neceſſitate adſtringere. Quo pertinet locus Cornificii *lib. 2. ad Herenn. Pacta ſunt, quæ ſine legibus obſervantur ex conventione: quæ etiam jure præſtare dicuntur.* Cui ſimilis eſt apud Ciceronem *lib. 2. de invent.* Et explodendi, ut ἀπολίτικοι,
qui negant, poteſtatem civilem conſtituere poſſe, ut
non niſi ſub certo modo & forma obligatio ex conſenſu naſcatur. Qua de re uberius diſſerimus in
tractatu de pactis, quem nuper edidimus, *c. 5. & 6.* 7
ubi

ubi etiam nova opinionum circa hoc argumentum
7 monſtra profligamus. Excipiuntur ex hoc genere pacta duo, quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente ſimplici forma conventionis ſpeciatim ad efficaciam obligationis ſunt confirmata vel jure civili, quæ pacta dicuntur legitima; *l. 6. de pact.* quale eſt v. c. pactum donationis, *l. ſi quis 35. C. de donat.* item quo dos conſtituitur *l. 6. C. de dot. prom.* vel jure prætorio, ut conſtitutum, & conventio de pignore, *l. 1. & paſſim, de pec. conſt. l. ſi tibi 17. §. 2. de pact. l. 1. de pign. act.* Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adjecta, quæ his contractibus tanquam pars eorum ineſſe creduntur, *l. 7. §. 5. de pact. l. 13. C. eod.* Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpoſitum eſt, competit, *l. fundi 79. de contr. empt. l. 6. §. 1. de act. empt. l. 11. C. de pact.* Cæterum hæc res non una indiget cautione & diſtinctione. Primum enim non quævis pacta huc pertinent, ſed ea duntaxat, quæ ſunt κατὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος, ſecundum naturam contractus, aut quæ aliqua ſaltem ratione præſtationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt aut contractum promovent, *d. l. 7. §. quinimo. & ſeq. de pact. & ibi comm. DD. l. pacta 72. de contr. empt.* Unde Jaſon ait pactum, quod eſt contra naturam contractus, non veſtiti cohærentia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune eſt, ut pacta, quantumvis ex continenti adjecta, contractibus inſint & actionem pariant: ſed proprium contractuum bonæ fidei: neque tamen omnium ex æquo, ſed maxime eorum, qui ſolo conſenſu itidem, ut pacta, conſtant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac diſputatione proferuntur, ut videre eſt pleriſque locis modo citatis. Qui autem contractus, cum ſint bonæ fidei, ſolo conſenſu non conſiſtunt, ſed re perficiuntur, ut commodatum, depoſitum, iis pacta, quorum ſubſtantia in ſolo conſenſu, tam facile ineſſe, & incorporari, ut ſic loquar, non poſſunt: nec alia exempla pactorum, quæ hujusmodi contractibus inſint, occurrunt, quam quæ de dolo, culpa aut caſibus fortuitis præſtandis interponuntur, *l. 5. §. interdum 10. commod. l. 1. §. ſæpe 35. depoſ. l. 23. de reg. jur.* præter exemplum de præſtatione uſurarum in depoſito irregulari, *l. Lucius*
8 *24. & 2. ſeqq. depoſ.* Quod attinet ad contractus ſtricti juris, Bachov. ad Treutler. *diſp. de pact. theſ. 10.* putat, diſtinguendum inter contractus, qui re fiunt, ut mutuum, & qui verbis, ut ſtipulatio. Pacta mutuo adjecta ad obligandum agendum non prodeſſe propterea quod re obligatio contrahi non poteſt ultra id, quod datum eſt, *l. ſi tibi 17. in pr. de pacto, l. 11. §. 1. de reb cred.* adhæc nullas in mutuo eſſe præſtationes doli aut culpæ, & ſi qua de his pactio fiat, eam eſſe extra naturam contractus: denique ob eandem cauſam, & quia præterea ſtricti judicii eſt, nec uſuras ex mutuo citra ſtipulationem exigi poſſe, *d. l. 3. Cod. de uſur.* Quod autem quibusdam caſibus uſuræ pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati acceſſio ex nudo pacto debetur & peti poteſt, *l. etiam 30. de uſur. l. 5. & l. 7. de naut. fœn. l. 12. Cod. de uſur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hæc pacta adjecta ſint, & proinde mutuo inſint, ſed quia ſpeciatim & nominatim jure civili confirmata ſunt: eſſe enim pacta legitima. Stipulationis vero diverſam cauſam eſſe: licet enim & ipſe contractus ſit ſtricti juris, & ideo non facile extenſionem recipiat, tamen quia verbis perficitur, magnamque in eo cum pactis affinitatem habet, *d. l. 7. §. quod fere 12. de pact.* facilius admiſſum eſſe, ut pacta in continenti facta ſtipulationibus contineri iisque ineſſe intelligeremur, *argum. l. lecta 40. de rebus cred.* nec obſtare *l. quicquid 99. de verb. obl.* nam quod pacto ſtipulationi ſtatim ſubjecto placuit, id perinde habendum, ac ſi verbis ſtipulationis expreſſum eſſet. Quæ licet probabiliter à Bachovio diſputentur, verior tamen mihi videtur ſententia Cujacii, Buſii, *in d. l. 7.* Donelli *in d. l. lecta,* & *in l. 13. Cod. de pact.* qui etiam ſtipulationem hinc removent. Neque enim fruſtra eſt, quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris ineſſe, nominatim additur *in bonæ fidei judiciis, d. l. 7. §. quinimo, d. l. 13. de pact.* Quorſum enim hæc adjectio *in bonæ fidei judiciis,* niſi ut intelligamus, in ſtrictis judiciis non idem juris eſſe. Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus uſuras ex mora deberi; *l. mora 32. §. 2. de uſur.* hoc ſignificatur deberi in bonæ fidei, non in ſtricti juris judiciis, *l. 3. C. de uſur.* Similiter cum dicitur, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, *l. 3. de reſc. vend.* hoc dici intelligimus, in his ſolum ineſſe, non etiam in ſtrictis judiciis: nam in ſtrictis non veniunt exceptiones niſi nominatim conteſtatæ, *l. 9. ult. C. de except.* Et certe ineptum eſſe ac ſupervacuum, de bonæ fidei judiciis nominatim addere, ſi pacta in continenti facta pariter ineſſent omnibus contractibus, quibus ſubjiciuntur. Nec ullum in libris noſtris locum reperio, quo probari poſſit, pactum ſtipulationi appoſitum actionem parere, aut legem ſtipulationi dare, actionemve ex ſtipulatu formare, ita ſtipulationi ineſſe, ut ad id quod pacto comprehenſum eſt, ex ſtipulatu agi poſſit, pactũ augere, informare, extendere vel borum obligationem. Paulus autem *in d. l. lecta,* cum pactum ſubjectum ſtipulationi ineſſe dicit, non ſignificat, id actionem parere, cum in caſu illic propoſito non id pacto agatur, ut quid detur, quod prius dari non debuit, ſed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur, quale pactum ex parte creditoris valere ad

agendum natura ſua non poteſt. Alii nec mutuum hinc removendum putant, quorum ſententiam late tuetur Gœdd. *de cont. ſtipul. cap. 8. concluſ. 2.* Nos ſuſius hæc exequimur in eo, quem modo dicebamus
9 tractatu de pactis, *c 9. & ſeq.* Conventio non nuda ſive veſtita eſt; quæ puri placiti fines egreditur: quod ex duabus notis cognoſcitur, ſi proprium nomen ſortita eſt, vel ſi præter conventionem alia obligandi cauſa ſubſit, id eſt, ſi negotium civile geſtum ſit, *d. l. 7. §. 2. de pact.* Hæc conventionis ſpecies uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum ſic definio; Contractus eſt conventio habens nomen ſpeciale, aut eo deficiente civilem obligandi cauſam. Definitio tantum non iiſdem verbis propoſita *d. l. 7. §. 1. & 2.* Itaque duo ſunt harum conventionum genera: unum earum, quæ ſpeciale nomen habent, ex quo genere ſunt emptio venditio locatio-conductio, ſocietas, mandatum, depoſitum, commodatum, pignus, & ſimiles contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, & obligationem actionemque certo jure producunt, non utique propter nomen, quod extrinſecum quid eſt atque accidens; ſed propter utilitatem commercii, cujus indicium eſt, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæ conventiones ob frequentiorem uſum talem accepere vim ac naturam quæ etiamſi nihil ſpecialiter dictum ſit, ex ipſo nomine ſatis intelligatur, *D. Grot. de jur. bell & pac. 12. n. 3.* Alterum genus eſt earum conventionum, quæ nomine quidem proprio carent, ſed quibus præter conſenſum ſubeſt cauſa, ut hoc exprimit Juriſconſultus, *d. l. 7. §. 2.* Et hæ quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Cauſam definio dationem vel factum certa lege, puta ſi quid tibi dedi aut feci ea lege, ut viciſſim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Juriſconſultus *d. l. 7. §. 2.* ipſe hoc explicat, & innumeris locis ſignificatur, *l. 5. per tot. l. 8. l. 15. de praſc. verb l. 6. l. ſi pro fundo 33. C. de transact. l. 6. C. de rer. perm. & ſimil.* alias negotium dicitur, *d. l. 15. de praeſcr. verb.* & negotium civile, *l. 1. de æſtim. act.* id eſt, tale, quod conſtituit συνάλλαγμα: unde obligatio & actio civilis; ne quis hic ſomniet de cauſa impellente aut finali quæ paciſcentes movit: nam talis cauſa etiam in nudis pactis eſt; ut, dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilū: dabo tibi equum, tu mihi inſulam facies: dabo tibi partem bonorum ut à lite diſcedas, *l. 21. C. de pact. l. 28. C. de transact.* Videamus autem ne definitio contractus à nobis propoſita nimis lata ſit. Nam Labeo *in l. 19. de verb ſign.* contractum ſic definit, ut dicat, eſſe ultro citroque obligationem, id eſt, negotium, unde ultro citroque obligatio naſcitur: at noſtra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur, qualia ſunt mutuum & ſtipulatio, quæ Labeo *d. l.* expreſſe à contractu diſtinguit. Sed animadvertendum eſt, Labeonem eo loco non definire generaliter, quid ſit contractus, aut quæ ſit propria hujus verbi ſignificatio, ſed quid prætor eo verbo ſignificet, cum hæc tria finitimæ ſignificationis in edicto conjungit, actum, contractum, geſtum. Nam cum hæc ſingula per ſe poſita & vi ſua generalia ſint, apparet, Labeonem ea non ex propria ſignificatione, ſed ex ſententia prætoris illa conjungentis diſtinguendo ad certas ſpecies referre, verbumque contractus ad eas ſpecies traducere contractuum, quæ mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, ſubſtantiam contractus in eo non conſiſtere, ut ultro citroque obliget: ſed non minus proprie ſi unus tantum alteri, quam ſi invicem contrahentes inter ſe ex conventione obligentur, contractam dici obligationem & negotium ipſum appellari & eſſe contractum: id quod ſatis oſtendit vetus & recepta contractuum diviſio, *hoc text. & in l. 1. eod.* propoſita, *item in l. 7*
§ pen. de pact. Apparet autem ex diſputatione Ulpiani, *in d. l. 7. §. 1. 2. de pact.* unde noſtra contractus definitio ſumpta eſt, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus eſſe aut cum contractibus confundenda: ſed eſſe & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant: tamen neque in proprium nomen transeunt, nec cauſam, cur dare aut facere debeat, ullam habent præter conventionem: utique ſi per ſe ſpectentur, illa ſine adminiculo legis, hæc ſejuncta à contractu, in quo fiunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta veſtiverunt, alterum veſtimento aſſiſtentiæ legis, alterum cohærentiæ contractus: quippe qui nuda ea pacta ſola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis juris gentium manſerunt. Quod etſi ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti ſimpliciter appellare ſolent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, *l. 6. l. 7. §. 5. de pact. l. 10. l. 13. Cod. eod. l. etiam 30. de uſur. l. 12. C. eod. l. 6. C. de jur. dot.* 10
Uſu jam pridem receptum eſſe conſtat, ut etiam ex nudo & ſimplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis ſit, quæ ſtipulationis. Tantum meminerimus, diſtinguendas eſſe promiſſiones ſerias, meditatas & utiles, ab inconſideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non diſpoſitive, ut loquuntur, nec ſerio, ſed vel narrative, vel per jocum, & aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio & actio naſcatur. Et hoc etiam jure Canonico ſatis expreſſe cautum eſt *cap. 1. & c. 3. x. de pact.* & videmus, pleraque etiam alia ad ſimplicitatem juris gentium hodie reducta. Connanus vir eruditione minime vulgari præditus exiſtimat, ne jure 11
quidem

quidem gentium ex nuda conventione obligationem oriri, *lib. 5. comm. c. 1.* ſed ei occurritur à D. Grotio *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 11.*

12 *Aut re contrahitur aut verbis, &c.*] Ὑποδιαίρεσις primæ ſpeciei, id eſt, earum obligationum quæ ſunt ex contractu ſumpta à cauſis obligationem ex contractu proxime conſtituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam literis: id eſt, obligationem tum demum producunt, cum vel res, vel certa verba, vel ſcriptura intervenerit: quidam conſenſu fiunt, id eſt, præter conſenſum quomodocumque declaratum ad ſui perfectionem nihil deſiderant. Itaque propoſita diviſio non ſic accipienda eſt, quaſi in ea obligationes, quæ conſenſu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur conſenſu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu ſine conſenſu eſſe poteſt, *l. 1. §. pen. de pact.* ſed ita, ut obligationibus, quæ non ſolo conſenſu fiunt, ſed præter conſenſum rem, verba aut literas requirunt, oppoſitam intelligamus eam ſpeciem, quæ ſolo conſenſu contrahitur, nihil amplius ad conſtitutionem obligationis deſiderans. Denominatæ enim ſunt hæ ſpecies ab eo quod cujusque proprium eſt, & in unaquaque eminet.

Aut literis] Hanc ſpeciem obligationis videntur veteres comprehendiſſe ſub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex literarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam. Certe plurium, quæ ex contractu fiunt, illi non meminerunt, quam harum trium, re, verbis, conſenſu, *l. 1. §. 1. l. 4. hoc tit. l. 1. §. 3. de pact. l. 8. §. 1. de fidejuſſ. l. 1. §. 1. de novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in uſu fuiſſe conſtat ex *tit. C. de non num. pec.*

TITULUS XV.

D. lib. 12. t. 1. lib. 13. t. 6. & 7. lib. 16. t. 3. C. lib. 4. t. 1. 23. & 24. 34.

Quibus modis re contrahitur obligatio.

Continuatio. *Quando obligatio dicatur re contrahi: & quæ obligationes huc pertineant.*

HOc titulo exponitur prima ſpecies obligationum, quæ non ex ſolo conſenſu naſcuntur, ſed demum cum aliquid ad conventionem acceſſit, illæ nimirum, quæ naſcuntur ex contractibus, qui præter conſenſum rei, interventum ad perfectionem ſui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid ſit re obligationem contrahi, nulla certa definitione, ſed exemplis oſtenditur. Rectius feciſſent Compoſitores, ſi primum commoda aliqua definitione rem declaraſſent, ac tum ſingulas enumeraſſent ſpecies: nam utrumque ad genus aliquod & ſpecies ejus generis cognoſcendas eſt neceſſarium. Nunc & inſufficiens videtur enumeratio ſpecierum, & difficilis eſt omiſſarum inveſtigatio. Poteſt autem hæc obligatio ſic deſcribi; Obligatio re contrahitur, cum datum aliquod aut factum ad conſenſum accedens obligationem inducit. Rem enim hic generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque vero obligationes illæ ſolæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui hic memorantur, mutuo commodato, depoſito, pignore, naſcuntur; ſed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non naſci conſtat, niſi datum aliquod aut factum ad conventionem acceſſerit, *l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 3. Cod. eod. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. & paſſ. de præſcr. verb.* diſerteque Paulus *in d. l. 1. §. 2. de rer. permut.* hac nota permutationem diſtinguit ab iis contractibus, qui nudo conſenſu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen poſſunt veteres proprie & in ſpecie tunc obligationem re contrahi dixiſſe, cum res tradita vel in genere vel in ſpecie reddenda eſt: ideoque ſolummodo quatuor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium eſt, mutuum, quo id agitur, ut res ejusdem generis, commodatum, depoſitum, pignus, quibus agitur, ut eadem ſpecies reſtituatur, huc retuliſſe, *l. 1. §. 2. cum 2. ſeqq. de obl. & act.* quod & Juſtinianus ſecutus ſit. Conventio reſtituendi titulo & nomine contractus incluſa eſt.

TEXTUS.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus conſiſtit, quæ pondere, numero, menſurave conſtant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eædem res, ſed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum eſt: quia ita à me tibi datur ut ex meo tuum fiat: & ex eo contractu naſci-

naſcitur actio, quæ vocatur certi condictio.

NOTÆ.

Re contrahitur] Ex Gajo *l. 1. de obl. & act.* Re contrahi obligatio dicitur, cum datio aliqua aut factum ad conſenſum accedens obligationem inducit, *l. 2. §. 3. de reb. cred. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 5. §. 2. & ſeqq. l. 5. in fin. de præſcr. verb.* & proprie, cum res tradita vel in genere, ut in mutuo; vel in ſpecie, ut in commodato, depoſito pignore, reddenda eſt.

Pondere, numero, &c.] Quoniam hæ res ita comparatæ ſunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præſtent; quod non item contingit in aliis: quibus ideo in creditum ire non poſſumus, quia aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt, *l. 2. §. 1. de reb. cred.*

Certi Condictio] Mutuum contractus eſt μονόπλευρος, cum ſolum obligans, qui mutuum accepit; ac proinde una tantum hinc naſcitur actio, quæ appellatur certi condictio. Si ſtipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione, ſed ex ſtipulatione naſcitur, *l. 6. & 7. de novat.* ejuſdem tamen naturæ actio eſt, idemque nomen obtinet, *inf. tit. pr. l. 9. l. 24. de reb. cred.*

Commentarius.

1. *Definitio mutui, ejusque definitionis per partes explicatio.*
2. *Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo recte dentur.*
3. *Cur mutui datio duntaxat conſiſtat in rebus conſumptibilibus.*
4. *Emendationem D. Salmaſii in l. 2. §. 2. de reb. cred. non videri neceſſariam.*
5. *Forma hujus contractus propria.*
6. *Singularia quæ hic recepta.*
7. *Finis & effectus, tum conſequentia.*
8. *Debitorem non prohiberi eandem rem, quam accepit, in ſpecie reddere.*
9. *Commodum æſtimationis auctæ, & incommodum deminutæ ad creditorem pertinere.*
10. *In æſtimatione ineunda, ſi debitor in eam condemnandus, cujus temporis aut loci ratio habeatur.*
11. *Speciale eſſe, quod nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi poſſunt.*
12. *Aucto aut deminuto nummorum valore eos reddi oportere ea æſtimatione, quæ eſt, cum ſolvuntur, ſecundum comm.*
13. *Eſſe quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur: de ſubſtantia non eſſe.*
14. *Etymon mutui.*
15. *Duplexne ſit, an una generalis certi condictio.*

Mutuum eſt contractus, quo res, quæ pondere, 1
numero, menſura conſtant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque repoſcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Conſtituitur mutuum non ſolo ac nudo conſenſu, ſed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari &c. quod Paulus ſic expreſſit, *mutuum non poteſt eſſe, niſi pecunia proficiſcatur, l. 2. §. 3. de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra, quam datum eſt, obligatio contrahi poſſit; veluti ſi tibi dederim decem, ut undecim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, *l. 11. §. 1. eod. tit. l. ſi tibi 17. de pact.* Quod ſi ſimpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniæ ſummam mutuo darem, hæc conventio mutuum non eſt, ſed nuda pactio, nec nomen, nec συνάλλαγμα habens, ac proinde nec eum, qui ſe daturum promiſit, extra ſtipulationem jure civili obligat, *per vulgat.* Plane, ſi pecunia apud aliquem jam ſit, verbi gratia ex cauſa depoſiti, poteſt ea nuda voluntate transferri, & converti in cauſam mutui fictione brevis manus, *l. 9. §. ult. de reb. cred.* In hoc igitur cauſam efficientem & ſimul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuum non ſemper accipi pro ipſo contractu, ſed ſæpe etiam pro re mutuo data? quod etiam accidit depoſito, commodato, pignori.

Quæ pondere, numero, menſura] Materia mutui ſunt res, quæ pondere, numero, menſura conſtant, id eſt, quæ ex certo pondere, numero, menſura æſtimantur, & hoc modo ſunt in commercio, ut vinum,
oleum, frumentum, pecunia numerata. Non au- 2
tem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. poſſunt: alioqui nihil fere eſſet, in quo mutuum non conſiſteret: aliud ſcilicet eſt, pondus, numerum, menſuram habere; aliud, ex pondere, &c. conſtare. Gloſſa in *l. 2. §. 1. de reb. cred.* negat, panes ad numerum mutuo dari poſſe: quod alii contra ſimpliciter affirmant, ſed recte Bart. in *d. l. 2. §. 1.* ſic diſtinguendum cenſet, ut ſi panes limitatam in civitate quantitatem habeant, id eſt, definitum pondus, poſſit in his mutuum conſiſtere ad numerum: ſin minus non
niſi ad pondus. Ideo autem in his rebus duntaxat 3
mutui datio conſiſtit, *quoniam earum datione poſſumus in creditum ire, eo quod functionem eandem in genere recipiunt per ſolutionem, quam in ſpecie;* id eſt, quoniam hæ res natura ita comparatæ ſunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, ita ut res ejuſdem generis ſoluta, non aliud, ſed idem, quod creditum eſt, videatur redditum: quod ſecus eſt in cæteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam ſunt æqualis æſtimationis, ut in ſuo genere ſolutæ, aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præſtent: ideoque ſi non eadem

eadem res, quæ accepta eſt, ſed alia ejuſdem generis redderetur, aliud pro alio ſolveretur; quod non licet invito creditore. Ad hunc modum diſputat Paul. in *d.*
4 *l.2.§.1.de reb.cred.* Doctiſſimus Salmaſius *lib. de uſur. cap.1.* textum emendat; & pro *functi.nem recipiunt*, reponit *ſuffectionem recipiunt*; ne bis idem dici videatur, cum idem ſit, ut ait, ſolutio, quod functio. In quo, viro clariſſimo aſſentiri non poſſum. Primum quia functionis verbum latius patet, quam ſolutionis, & ad omnia refertur, quæ vice mutua tantundem præſtant, aut quorum alterum alterius vicem explet, *l.6. de reb. cred.* etiam ubi nulla intervenit ſolutio: veluti cum pignoribus fungi dicimur in vicem ſatisdationis, *l.7.de prat.ſtip.* vel noxæ deditione fungi. *l. liber homo 37.§.1. ad leg. Aquil §.2.Inſt.de nox.act.* Deinde quia Juriſconſultus ita ut ibi loquitur, loqui non potuit, niſi & quod acceptum in ſpecie redditur, recte dicatur ſuffici. Sed in his non ſunt poſitæ opes
5 Græciæ. Forma hujus contractus propria conſiſtit in ipſa mutui datione, ſive dominii rerum in accipientem translatione. Idque adeo mutui proprium eſſe creditum eſt, ut etiam nomen ab eo acceperit, *quod de meo tuum fiat, d. l.2 §.2.de reb. cred.* Ex hoc autem intelligimus, & eum, qui credit, dominum eſſe oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is qui accepit dominus fiat, *d l.2.§.pen.l.in omnibus 55. de obl. &*
6 *act.junct.l.ſi ego 18.§. 1. de reb.cred.* Enimvero ſi debitorem meum juſſero tibi dare pecuniam, aut ſi inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati cauſa debitam crediti nomine retineas, obligaberis mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item ſi lancem tibi vendendam dederim, ut nummis utereris, perinde mihi obligaberis, ac ſi vendidiſſem ipſe, pretiumque tibi tradidiſſem. Admiſſa enim eſt in his omnibus fictio brevis manus, auctore Ulpiano in *l. 11.& l. 15. de reb.cred.* Quanquam difficilior videtur Africanus in *l. qui negotia 34. mand.* vid. *Cujac. tract. 8. ad African.* Illud quoque utilitatis cauſa receptum; ut ſi v.c nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide conſumptis mutuum confirmetur, & condictio naſcatur: & generaliter, ut quod numeranti præſtat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata præſtet conſumptio, *l 11. in fin & 2. ll. ſeqq.*
7 *l.19.§.1. de reb. cred. l.17. de ſolut.* Finis eſt, ut is qui rem mutuo accepit, pro commodo ſuo ea uti, eamq; conſumere poſſit, atque ut aliquanto poſt rem ex eodem genere, & tantumdem (quo æque bonam quoque intelligimus) creditori reddat, *d. l.2. in pr. de reb.cred. l.1. §.2.de obl. & act.* quod ipſum natura obligationis mutui continetur, licet de eo nihil nominatim convenerit, *l.3. de reb. cred.* Ad effectum quod attinet, tranſit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione reſtituendi rem ejuſdem generis. Unde eſt, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, *§.2. hoc tit. l.1. §. 4. de obl. & act.* nimirum duplici de cauſa: tum quia regulare eſt, ut res pereat ſuo domino: *l.9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor eſt: genus autem nunquam perit, *l.11. C. ſi cert. pet.* Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi condictio, *hoc text. in fin.*

Numerando metiendo, &c.] Quod ſi v. c. obſignatæ dentur cuſtodiendæ, naturam cujusque corporis imitantur, & tum depoſitum eſt.

Ut accipientium fiant] Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis fiant, *l. 1. §. 2. de obl. & act. l. 2. de reb. cred.* Cujus rei ratio eſt, quia niſi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam uſus earum ſine conſumptione plane nullus eſt.

Non eadem res] In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data eſt, reddatur, ſicuti in commodato, depoſito, pignore, ſed alia ejuſdem generis; ſeu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eandem ſpeciem, ſed idem genus, *d. l. 2. de reb. cred.* alioqui ex cauſa mutui nulla fieret alienatio. Se- 8
cundum quod Ulpianus reſpondet, non alienari nummos, qui ſic dantur, ut reſtituantur, *l. qui ſic 55. de ſolut.* Quod tamen non eo pertinet, ut non liceat debitori eandem ſpeciem, quæ accepta eſt ſi forte ea uſus non ſit, creditori reſtituere, atque eo modo ſe liberare quaſi hoc ſit contra conventionem ut putabat Azo; nam totum hoc ſolius debitoris gratia cautum intelligitur, ut ſcilicet ille re mutua utatur, ſi velit: ſin autem uſus non ſit, nihil prohibet, quominus eandem reddat, dum reddat non deteriorem: ſic enim vel maxime res ejuſdem generis ejuſdemque bonitatis redditur, quod ſolum hujus contractus obligatio exigit, *Ioan. Bart. in d.l.2.n.3. Zaſ.n. 9 Don.n.5.* Porro dum res reddatur ejuſdem generis, eademque bonitate, idque ſuo loco ac tempore, aut alias ante litem conteſtatam, quantacumque ſit præſens æſtimatio, debitor liberatur, ita ut æſtimatio præcedentis temporis in quæſtionem non veniat, ſed & auctæ commodum & incommodum deminutæ, pertineat ad creditorem per *l. vinum 22. de reb. cred.* quippe æſtimatio extra rem eſt, magisq; proficiſcitur ex rerum copia aut inopia, quam bonitate. *Don. ad d.l 3 n 5. & ſeq.* At enim æſtimatio, quia credita non eſt, pro re credita invito creditori obtrudi non poteſt, *arg. l.2.§. 1.l.1.de rer.perm. DD.comm.in d.l vinum. Weſem par. de reb. cred num.12.* quamvis contrarium uſus ſervet. *Merul. lib. 4. diſt.4. ſect.3. tit.1.c.2. n.22.* Quod ſi 10
tamen neceſſe ſit condemnationem fieri in rei petitæ æſtimationem, qui forte res præſtari non poſſit, aut commutata præcedentis temporis æſtimatio, quam æquum ſit actorem conſequi, in ea ineunda tem-

tempus litis conteſtatæ ſpectandum erit, &, ſi mora facta ſit, quantum æſtimatio poſtea crevit, præſtandum, *d l. vinum l.ult. de cond.tritic. l. quoties 59. de verb.obl l.37. mandat.* Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quod eos neceſſe non ſit reddi in eadem forma aut materia, niſi creditor ex ea re damnum aliquod paſſurus ſit, *l.creditorem 99. de ſolut.arg.l.quæ extrinſecus 65 §.1.de verb. oblig.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum, cum v. c. pro aureis creditis tot argentei redditi ſunt, qui eandem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valeat decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æſtimatur, quam ex hominum inſtituto ſeu valore impoſititio. Id eſt, in nummis non tam inſpicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam poteſtas, valor, ſeu æſtimatio, *l.1. de contr.empt.* ut proinde, qui aureum debet, non præciſe corpus hujuſmodi debere intelligatur, ſed potius ipſius valorem ſeu poteſtatem publica lege ei impoſitam. Sic accipiendum illud Senecæ *6. de benef. c. 5. pecuniam dicimur reddidiſſe, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.* Cæterum ita demum nummos mutuo acceptos ſolvere in alia forma aut materia licet, ſi id fiat ſine injuria creditoris : ſi damnum ex ea re paſſurus ſit creditor, non licet, juxta reſponſum Pau-
12 li *d. l. creditorem 99. de ſolut.* Atque hinc pendet deciſio nobiliſſimæ quæſtionis, ſi poſt contractum æſtimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in ſolutione facienda ſpectare oporteat valorem, quem habebant tempore contractus, an qui nunc eſt tempore ſolutionis : intellige ſi nihil de ea re expreſſe dictum ſit, neque mora intervenerit. Car. Molinæus *tract. de uſur. n. 693. & ſeqq. Hotom. illuſtr. quæſt. 15. Don. ad. l. 3. de reb. cred, num. 10. & 11.* contendunt tempus contractus inſpiciendum eſſe, id eſt, ea æſtimatione nummos reddendos, non quæ nunc eſt, ſed quæ initio fuit, cum dabantur. Nimirum nihil illi in pecunia numerata præter æſtimationem conſiderandum putant, totamque nummi bonitatem in hac ipſa æſtimatione conſiſtere: ac proinde creditori non facere injuriam, qui eandem æſtimationem, quam accepit, reddit: tantum enim reddere eum, quantum accepit, quod ad ſolutionem mutui ſit ſatis. Itaque ſecundum horum ſententiam, ſi 100. aurei mutuo dati ſint, cum aureus valebat aſſes 50. redduntur autem, cum ſinguli valent aſſes 55, debitor reddens creditori aureos 90. aut in ſingulos aureos 50. aſſes reddit, quantum accepit, & liberatur: & viciſſim ſi imminuta ſit ad eundem modum aureorū æſtimatio, non liberatur, niſi reddat aureos 110, aut in ſingulos aureos aſſes 55. Bartolus vero in *l. Paulus 101. de ſolut. Bald. in l. res in dotem 42. de jur. dot. Caſtr. in lib.3. de reb. cred. & DD. comm.* ut videre eſt apud *Boer. deciſ. 327.* contra cenſent, ſpectandum eſſe in propoſito tempus ſolutionis, id eſt, aucto vel deminuto nummorum valore, ea æſtimatione reddi eos oportere, non quæ tunc fuit, cum dabantur, ſed quæ nunc eſt, cum ſolvuntur, neque aliud ſtatui poſſe ſine creditoris aut debitoris injuria. Quæ ſententia, ut mihi videtur, & verior & æquior eſt. Nam quod contrariæ ſententiæ auctores unicum urgent, in nummis non materiæ ſed ſolius æſtimationis impoſititiæ atque externæ, quam ob id vulgo extrinſecam nummi bonitatem vocant, rationem duci, nummumque nihil aliud eſſe, quam quod publice valet, vereor, ut ſimpliciter verum ſit. Utique enim materia numiſmatis fundamentum eſt & cauſa valoris: quippe qui variatur pro diverſitate materiæ: oportetque valorem hunc juſta aliqua proportione materiæ reſpondere: neque in bene conſtituta repub. nummo ea æſtimatio imponi debet, quæ pretium materiæ, ex qua cuditur, ſuperet, aut ſuperet ultra modum expenſarum, quæ in ſignanda pecunia fiunt quod ad ſingularium ſpecierum valorem parum addere poteſt. *Vid. Covar. de vet. coll. numiſm. cap. 7. num. 7.* Sed hoc ad actus & præſtationes privatorum non pertinet. Illud pertinet, quod ſi dicimus, creditis nummis nihil præter æſtimationem eorum creditum intelligi, neceſſario ſequitur, creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere contra definitionem Pauli in *d.l.99. de ſolut.* etiamſi damnum ex eo paſſurus ſit: nam qui recipit quod credidit, nihil habet quod conquerebatur. Sequitur & hoc, ſi contingat mutari nummorum bonitatem intrinſecam, id eſt, ſi valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quam ex qua cuſi, qui cuſi ſunt, puta ſi qui dati ſunt, cuſi fuerint ex puro auro, poſtea alii feriantur ex auro minus puro & mixto ex ære, debitorem reſtituendo tot mixtos & contaminatos, quot ille puros accepit, liberari cum inſigni injuria creditoris: & contra interpp. pene omnium doctrinam, qui hoc caſu ſolutionem faciendam eſſe ſtatuunt ad valorem intrinſecum monetæ, qui currebat tempore contractus, teſtibus *Gail. 2. obſ 73. n. 6. & 7. Borcholt. de feud. ad cap. un. quæ ſunt regal. num. 62.* Illud enim maxime in hac diſputatione conſiderandum eſt, quoniam hic finis nummi principalis eſt, ut ſerviat rebus neceſſariis comparandis, auctore Ariſtotele *1. Polit. 6.* quod mutata monetæ bonitate ſive extrinſeca ſive intrinſeca, pretia rerum omnium mutentur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum creſcant aut decreſcant: quod ipſa docet experientia: eoque facit *l. 2. C. de vet. num. pot. lib. 11.* Creſcunt rerum pretia, ſi deterior materia electa, aut manente eadem materia valor auctus ſit : decreſcunt electu materiæ melioris, aut

aut

aut ſi eadem bonitate materiæ manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus, dum ſibi perſuadet, ex augmento valoris aurei aliquid ſibi lucri accedere. Hoc autem fundamento poſito, ſiquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut ſi bonitas monetæ intrinſeca mutata ſit, tempus contractus, ſi extrinſeca, id eſt, valor impoſititius, tempus ſolutionis in ſolutione facienda ſpectari debeat. Atque ita ſæpiſſime judicatum eſt. *Boer. deciſ. 327. Ann. Robert. lib. 1. rer. jud. c. ult. Mynſ. 4. obſ. 1. Gail. de obſ. n. 6. & ſeqq. Borcholt. ad d. un. quæ ſunt regal. n. 58. & ſeqq. Chriſtin. vol. 3. dec. 1. n. 2. D. Iac. Coren. dec. Cur. ſupr. Holl. 23.*

13 *Ejusdem naturæ qualitatis*] Id eſt, ejusdem generis & eadem bonitate. Luc. c. 6. v. 34. *δανείζουσιν ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα.* Atque horum alterum, ut res ejusdem generis reddantur, mutuo eſſentiale eſt, *l. 2. de reb. cred.* alterum, ut eadem bonitate, natura quidem mutui continetur, ſed de ſubſtantia ſive eſſentia mutui non eſt, *l. 3. eod.* Itaque prius pacto mutari non poteſt, quin in alium contractum res abeat. Nam ſi hoc actum, v. c. ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino redderetur, non mutuum, ſed permutatio eſt, *l. pen. C. de rer perm.* ſive contractus Do ut des, *l. 5. §. 1. de præſcr. verb.* Poſterius poteſt ſalvo manente mutuo, ad cujus ſubſtantiam hoc ſolum requiritur, ut debeatur idem genus, *d. l. 2. arg. d. l. 3. junct. d. l. 5. §. 4.* Quæ in contractibus ſint ſubſtantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia, ex communi ſententia tradit *Gab. Mudæus tract. de contr. empt. part. 5. n. 13. & ſeqq. Phil. Matth. ad l. 27. de reg. jur. Bellon. 1. ſupput. c. 5.*

14 *Ut ex meo tuum fiat*] Bella hæc Juriſconſulti in *d. l. 2. §. 2.* alluſio eſt, non vera hujus verbi originatio, quod Varro *lib. 4. de Ling. Lat.* à voce Sicula *μοῖτον* deducit: *Si datur*, inquit, *quod reddatur, mutuum eſt, quod Siculi μοῖτον.* Sed & hoc ipſum videtur eſſe ex *μοὶ* & *τὸν* pro *τιὸν* *Grot. Flor. ſparſ.* De quo plura D. Salmaſius *lib. de uſur. c. 1.* Cave autem credas, quod idem ibidem aſſerit, in mutuo de meo tuum non fieri: imo niſi de meo tuum fiat, non eſt mutuum, *d. l. 2. & paſſim de reb. cred.* ſed vid. notata ſub *§. ul. ſup. quib. alien. lic.* D. Cujac. *11. obſ. 37.* à mutatione potius dictum exiſtimat, quod mutetur hoc genere pecunia, cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur: quo etiam alludere videtur Cic. in epiſt. quadam ad Q. Metellum his verbis; *Quod autem ſcribis pro mutuo inter nos animo; quid tu exiſtimes eſſe in amicitia mutuum, neſcio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Sed & verbum *mutare* à Siculo *μοιτᾶν* ſuum feciſſe videntur Latini. *D. Salmaſius d. loc.*

Quæ vocatur certi condictio] Mutuum contractus eſt *μονόπλευρος*, ex uno tantum latere obligationem pariens, non ultro citroque: nam is ſolus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adverſus hunc mutuanti datur illa actio, quam Juſtinianus ait vocari certi condictionem. De hac condi- 15
ctione magna eſt, licet non adeo magni momenti, quæſtio, utrum ſcilicet ſpecialis ea ſit, an generalis; id eſt, utrum condictio certi ex mutuo propriam & diſtinctam naturam ab aliis certi condictionibus habeat, an ſit ejusdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque cauſa competant, ſub communi genere condictionis certi contineatur. Prius placet interpretibus Citramontanis, duplicem certi condictionem ſtatuentibus, unam ſpecialem, quæ competat ex cauſa mutui (addunt aliqui & eam, quæ competit ex cauſa ſtipulationis, *inf. de verb. obl. in pr.*) alteram generalem, quæ competat ex cauſis & obligationibus ceteris, ex quibus certum debetur quam ſuperiori, ut ſpeciem diverſæ naturæ, opponunt *Accurſ. Bart. Caſtr. Iaſ. in l. 9. de reb. cred. Cyn. Salic. ad rubr. C. ſi cert. pet.* Poſterius vero Ultramontanis viſum eſt, qui unum duntaxat commune genus certi condictionis agnoſcunt, ſub quo tam ea, quæ ex mutuo aut ſtipulatione, quam quæ ex aliis cauſis competit, contineatur, & ejusdem naturæ: quæ ſententia verior eſt, per *l. 24. d. reb. cred. 5. §. 4. de obl. & act. & d. l. 9. de reb. cred.* qui locus aperte oſtendit, in genere unam eſſe certi condictionem, in quo, quæcumque ſit cauſa petendi, petitio omnis certi conveniat, ſive petatur ex mutuo, ſive ex ſtipulatione, ſive ex cauſa legati, ſive ex cauſa furtiva, &c. Quod ſi pro diverſitate cauſæ agendi, quod medium concludendi Bartolus vocat, condictionem certi diſtinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus ſpecies ſtatuendæ, quot ſunt cauſæ agendi propriæ. Putavit Bartolus, condictionis certi ex mutuo hoc proprium eſſe, quod in ea inſtituenda ſpeciali medio concludendi utendum ſit, videlicet quia mutavi: in cæteris vero ſpeciebus, & condictione certi generali ſufficere, ſi dicam me certum petere. Quod falſum eſt. Utique enim cum, exempli gratia, centum peto ex cauſa legati, utroque in eo condictione certi, concludere debeo, quia mihi legata, ut actio, ſpeciem futuræ litis demonſtret, *arg. l. 3. C. de edend. Zaſ. ad d. l. 9. de reb. cred. n. 9. & ſeq. Den. ibid. n. 4. & ſeq. Gœdd. de contr. ſtipulat. c. 11. concluſ. 2.*

TEXTUS.

De indebito ſoluto.

1. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem ſolvit, re obligatur,

daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici poteſt, ſi apparet, eum dare oportere, ac ſi mutuum accepiſſet. Unde pupillus, ſi ei ſine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum eſt, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione. Sed hæc ſpecies obligationis non videtur ex contractu conſiſtere; cum is, qui ſolvendi animo dat, magis voluerit negotium diſtrahere, quam contrahere.

NOTÆ.

1. Per errorem] Recte *per errorem*: nam qui ſciens ſe non debere ſolvit, non repetit, *l. 1 §. 1. l. 26. §. 3. de cond. ind.* propterea quod donaſſe cenſetur, *l. 53. de reg. jur.* Errorem an facti duntaxat intelligere debeamus, an etiam juri, *v. infr. de obl. qua q. ex contr. §. 6.*

Ac si mutuum accepisset] Quod Gajus ſic expreſſit, *eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus, l. 5. § 3. de obl. & act.* Unde Cujac. *8. obſ. 34. & par. C. de cond. ind.* ſolutionem indebiti factam in iis, quæ pondere, numero, &c. conſtant, promutuum vocat. Quod ſi aliæ res ſolvantur, quibus in creditum non itur, promutuum non eſt: & agendum ſola condictione indebiti.

Non videtur ex contractu] Vid. *inf. de obl. quæ qua. ex. contr. §. 6.*

COMMENTARIUS.

PEr occaſionem diſputationis de mutuo ſubjicitur hic aliquid de indebito per errorem ſoluto, ut ex textu apparet. Habet enim ſolutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congeſſit *Cujacius 8. obſerv. 34.* Duo hic referuntur, ut ſtatim videbimus. Cæteroquin non eſt hujus loci proprium, tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quaſi à debitore accepit; quippe quæ obligatio non eſt ex vero contractu, ſed quaſi ex contractu oritur, ut demonſtrabitur ſuo loco. Plane, ſi quis dubitans nominatim hac lege ſolverit, ut ſi poſtea appareret eſſe indebitum, redderetur, hoc caſu magis eſt, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur], Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid ſolutum ſit, ſive naturaliter datum & præſtitum ſolutionis cauſa, tanquam debitum.

Condictitia actio] Id eſt, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio, *l. ſi quis 24. de reb. cred. l. 7. de cond. ca. dat. §. 24. & ſeq. inf. de act.*

Perinde ac ſi mutuum] Prima convenientia indebiti ſoluti cum mutuo ex duabus, quarum hic fit mentio. Sic Gajus *in l. 5. §. 3. de obl. & act.* ſcribit, eum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus: ubi debitorum & creditorum nomen ſtricte ad mutui duntaxat cauſam refertur. Enimvero & qui indebitum accepit, & qui mutuum, tenentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur condictione certi: cæterum pro cauſæ petendi diverſitate ſunt etiam hæ diverſæ ſpecies condictionis certi, condictio ex mutuo & condictio indebiti: differunt enim mutuum & ſolutio indebiti ratione objecti: ſiquidem mutuum earum tantum rerum eſt, quæ pondere, numero, menſura conſtant: ſolvi autem per errorem quaſi debita etiam quævis alia poſſunt, & ſoluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non ſatis cauſæ video, cur ſolutionem indebiti pro *mutuum* Cajac. vocet.

Unde pupillus, &c.] Altera indebiti ſoluti cum mutuo ſimilitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam ſine tutoris auctoritate accipiendo nõ obligatur, *l. 59. de obl. & act.* ita nec accipiendo pecuniam indebitam; niſi ſolutione factus ſit locupletior, *l. 13, §. 1. de cond. ind.* quod generale eſt, *l. 5. de auct. tut. l. 4. §. 4. de dol exc.*

Non videtur ex contractu] Ideoque melius à Gajo collocatur in earum claſſe, quæ quaſi ex contractu naſcuntur, *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Sed & à Juſtiniano ob hanc cauſam infra in eodem ordine repetita eſt, *t. 28. hujus lib.* ubi nos etiam accuratius de ea diſputamus.

TEXTUS.

De commodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id eſt, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe diſtat: namque non ita res datur, ut ejus fiat; & ob id de ea re ipſa reſtituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, ſi quolibet fortuito caſu amiſerit quod accepit; veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hoſtiumve incurſu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, ſane* qui-

quidem exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare tenetur: nec ſufficit ei, tantam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, ſi modo alius diligentior poterat eam rem cuſtodire. Sed propter majorem vim, majoresve caſus non tenetur, ſi modo non ipſius culpa is caſus intervenerit: alioqui ſi id, quod tibi commodatum eſt domi peregre tecum ferre malueris, & vel incurſu hoſtium prædonumve, vel naufragio amiſeris: dubium non eſt, quin de reſtituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, ſi nulla mercede accepta vel conſtituta res tibi utenda data eſt: alioqui mercede interveniente locatus tibi uſus rei videtur. Gratuitum enim debet eſſe commodatum.

NOTÆ.

2. ITEM IS, CUI RES, &c.] Ex Gajo *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

RE IPSA RESTITUENDA] Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, *l. 8. & 9. commod.* qui mutuo, rem facit accipientis.

QUI MUTUUM ACCEPIT, SI FORTUITO CASU, &c.] Tum quia res regulariter perit ſuo domino, *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor eſt, quod perire non poteſt, *l. 11. C. ſi cert. pet.* nam genus non eſt quid materiale, ſed intellectuale, quod paſſionem non recipit.

MODO ALIUS DILIGENTIOR] Continet hic locus deſcriptionem diligentiæ ſummæ, cui opponitur culpa leviſſima, id eſt, cum quis alias mediocriter diligens, in eo peccat, quod vir diligentiſſimus vitare potuiſſet. In ſumma commodatarius præſtat & dolum & omnem culpam: excipe ſpecies *in d. l. 5. §. 10. & d. l. 18. in fin. pr. commod.*

NULLA MERCEDE] Commodare enim officii eſt & humanitatis, *l. 17. §. 3. commod.* Petron. *Sive ergo nobis vendis; quod peto, mercator paratus eſt: ſive quod humanius eſt, commodas efficie, ut beneficium debeam.* Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ ſunt vincula amicitiæ, *l. 1. §. ult. mand.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit commodare, & quid commodatum differat à precario.*
2. *Contractuum quosdam eſſe* μονοπλεύρους, *quosdam* διπλεύρους, *alios medii generis.*
3. *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4. *Dolum in omnibus contractibus præſtari: caſum fortuitum in nullo, & quid utrumque: tum an periculi nomine ſemper caſus veniat.*
5. *Inter caſus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti eſſe ſolent: & qui iſti caſus.*
6. *Quibus ex cauſis eſſet regula de caſibus fortuitis non præſtandis.*
7. *Culpa quid & quotuplex: plenius quam vulgo.*
8. *Quid culpa lata, quæ & dolo proxima.*
9. *Quid culpa levis.*
10. *Quid leviſſima: ubi & alia minus trita.*
11. *Latam culpam non minus quam dolum in omnibus contractibus præſtari, rejecta Zaſii diſtinctione.*
12. *Qui contractus dolum duntaxat recipiant: qui vero & culpam. Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præſtet, & diligentiam.*
13. *Poſitivos* exactus, diligens, *ſæpe pro ſuperlativis* exactiſſimus, diligentiſſimus, *in hac diſputatione poni, & contra.*
14. *Conſectaria ex textu deducta.*
15. *Quando culpa à commodatario abeſſe intelligatur.*
16. *Commodatum proprie nullum niſi gratuitum.*

SEcunda ſpecies obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ hoc tit. recenſentur, eſt obligatio commodati. Commodare eſt rem alicui gratis
certo modo utendam dare. Eſt rem utendam dare; 1
proinde non tantum res mobilis, ſed etiam ſoli commodari poteſt, veluti fundus; ædes: nam & habitationem commodari poſſe placuit, *l. 1. §. 1. commod. l. 17. in pr. de præſcrip. verb.* Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, ſed uſus tantum accipiendi ad tempus conceditur ſalva rei ſubſtantia & non tantum proprietatem rei commodatæ, ſed etiam poſſeſſionem *l. 8. ff h. t.* Ex quo intelligimus, id quod uſu conſumitur, commodari non poſſe, niſi forte dicis cauſa ad pompam vel oſtentationem, *l. 3. §. ult. l. 4 commod.* Quanquam auctores aliquando etiam in iſtiusmodi rebus hoc verbum uſurpant, pro mutuo dare ſcilicet. Cicero *Verrin. 5. commodaſti tritici modios ſexaginta.* Ut & mutuari pro commodato accipere. *D. Salmaſ. cap. 7. de uſur.* Deinde etiam hoc, commodatarium eam

 ipſam

ipſam rem, quam accepit, finito uſu reſtituere debere. Adjecimus *gratis*, quia niſi gratuito res utenda concedatur, commodum non eſt, ſed aliud genus contractus, *hoc text. in fin.* Denique conſulto addimus, *certo modo*, ut hac nota commodatum (quod quidam etiam ſic dictum putant, quaſi cum modo datum) diſcerneremus à precario, quo quidem & ipſo res utenda datur & gratis, ſed ſimpliciter, non ad certum uſum: cujus rei hic effectus eſt, ut precarium ſtatim, cum videtur, revocare liceat, etiam tunc cum ad certum tempus datum eſt: commodatum non liceat, niſi finito tempore utendi præſcripto, *l. 1. l. 2. l. 12. de precar. junct. l. in commodato 17. §. 3. commod.* Et quia precarium nunquam tranſit in neceſſitatem obligationis, inde eſt, quod nec ulla jure civili eo nomine actio eſt, ſed interdictum de precario introductum, *l. 14. de precar. l. 14. §. 11. de furt.* quod tamen ceſſat, cum quis de re ſibi reſtituenda cautum habet, *l. 15. §. 3 de precar.* & tunc aget precario dans vel ex ſtipulatu; ſi ſtipulatione ſibi caverit; vel præſcriptis verbis, ſi pacto, *l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. eod.* ubi vocatur condictio incerti, quia condicitur poſſeſſio rei precario rogatæ, *vid. l. 15. §. 1. l. qui exceptionem 40 §. 1. de condict. indeb.* Plane ipſe commodatarius quovis tempore rem reddere poteſt; quippe cui licet non uti, & beneficio renuntiare.

Re obligatur] Commodare non eſt convenire de re utenda danda, quod nudum pactum eſt, ſed utendam dare & tradere: unde ſatis intelligitur, ſi qua hic contrahitur obligatio, eam non ſolo conſenſu contrahi, ſed re, *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

Commodati actione] Directa ſcilicet. Poteſt enim ex hoc contractu etiam commodatario actio quæri adverſus commodantem, quæ courratia dicitur, ſicut in depoſito quoque & pignore uſu venit, it. in mandato, negotiis geſtis; tutela: de quibus inf. ſuis locis. Nimirum quod hic notandum eſt,
2 contractuum quidam ſunt μονόπλευροι, qui ex uno tantum latere obligant; quidam δίπλευροι, qui ultro citroque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec ſemper unus, nec ſemper uterque obligatur: quamvis & hi inter διπλεύρους numerentur, *sup. tit. de auct. tut. in princ.* Primi generis ſunt mutuum & ſtipulatio, quorum ea natura eſt, ut & ab initio ex uno tantum latere obligent, eum ſcilicet, qui accepit aut promiſit, nec ex poſtfacto conditionem mutent. Secundi generis ſunt emptio, locatio, ſocietas; ex quibus ſtatim mutua naſcitur obligatio. Eſtque in his par utriusque contrahentis in obligatione conſtituenda ratio. Intermedii generis ſunt commodatum, depoſitum pignus: qui contractus natura comparati ſunt ad unum duntaxat obligandum, eum qui accepit videlicet; ut liquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio dantem itidem obligant: ſed fit tamen in his ſæpe ex poſtfacto & accidenti, ut contra ille quoque, qui dedit, accipienti obligetur, veluti ſi accipiens in rem acceptam neceſſarias impenſas fecerit, aut per cauſam rei damnum paſſus ſit, quas impenſas refundi damnumque ei ſarciri æquum eſt, *l. in commodato 17. §. 3. l. in rebus 18. §. 2. l. pen. commod. l. ſi ſervus 31. de pign. act. l. 5. de poſ.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depoſitarius, creditor pignoratitius tenentur, ut ſcilicet rem, quam acceperunt, reſtituant, nomen directarum acceperunt: quæ vero ex contrario ipſis commodantur de indemnitate eorum adverſus commodantem, deponentem debitorem, contrariæ dictæ ſunt. Unde *tit. commodati vel contra, depoſiti vel contra, &c.* Contrariæ actiones præter pecuniariam condemnationem ejus, quod agenti abeſt, nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, ſed tantum de indemnitate actoris: unde nec in litem in his juratur, nec damnatus ex ulla cauſa fit infamis, *l. 5. depoſit. l. 6. in fin. de his qui notant. infam. §. penult. infr. de pœn. temere, litigant.*

Ab eo qui mutuum accepit.] Notantur ex Cajo 3
l. 1. §. 4. de obl. & act. duæ differentiæ inter mutuum & commodatum. Quarum prima eſt, quod is qui mutuum dat, rem facit accipientis: is vero qui dat commodato, proprietatem rei retineat, *l. 8. & ſeq. commod.* cui proinde eadem res in ſpecie ſeu eadem eodem numero finito uſu reſtituenda ſit. Altera, quod is qui mutuum accepit, fortuita amiſſione ejus, quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio ſub *princ. hujus tit.* indicata eſt: commodatarius vero liberetur, ſi res ſine facto ejus perierit, exemplo cæterorum debitorum, qui ſpeciem aliquam debent, *l. 5 de reb. cred. l. ſi ex legati 23. de verb. obl.*

Sane quidem exactam diligentiam] Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantum, ſed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæſtio diffuſa & perquam difficilis, cujus ſedes in ππ. eſt *l. contractus 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. commod.* In Inſtitutis hoc potiſſimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in propoſito ſtatuendum eſſe, ſi dolo malo, aliud ſi culpa debitoris, aliud ſi caſu fortuito quid eorum, quæ diximus contigerit. De dolo & caſu facilis præceptio eſt, culpæ difficilior 4
explicatio. Dolus eſt machinatio conſulto ad nocendum alteri adhibita, *l. 1. §. 2. de dol. mal.* Eum omnes contractus recipiunt, ſive, quod idem valet, in omni contractu dolus præſtatur, *d. l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur.* Cujus definitionis hæc ſententia eſt; Quicquid quovis in contractu dolo malo factum eſt à debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum eſſe debitoris, perindeque eum

eum teneri, ac ſi nihil eorum accidiſſet. Adeo autem in omni judicio dolus præſtatur, ut nec conventione contrarium effici poſſit, videlicet ne dolus præſtetur, cum talis conventio ſit contra bonos mores, invitetque ad delinquendum, *d. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. illud 7. de poſ. l. ſi unus 27. §. 3. & 4. de pact.* Plane de præterito dolo paciſci licet, & actionem quæſitam remittere, *l. 7. §. ſi paciſcar. 14. d. l. 27. §. 4. de pact.* Caſus fortuiti contraria definitio eſt: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præſtatur, ita contra caſus fortuiti nullo judicio & à nemine præſtari dicuntur, *d. l. 23. de reg. jur. in fin. l. 6. Cod. de pign. act.* ubi verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio*, adjecta non ſunt ad excludenda judicia ſtricti juris, per *l. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* Sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus ſolius debitoris utilitas verſatur, cujus generis eſt commodatum: nam ſi hic non præſtatur caſus, multo minus illic præſtari debet, ubi ſolius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus ſit ſtricti juris, ut bene *Don. ad. d. l. 6. n.* [illegible]. caſum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non poteſt, aut cui prævíſo non poteſt reſiſti, *l. in rebus 18. commod. l. ex conducto 15. §. 2. locat. d. l. 6. Cod. de pignor. act.* Alio generali nomine caſus & vis major dicitur, *l. 13. in fin. de pign. act. l. ſi merces 25. §. vis major. 6. locat. l. 1. §. 4. de obl. & act.* item fatum & damnum fatale, *l. 16. de rei vind. l. 5. §. 4. commod. l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab. l. 2. in fin. de peric. & commod. rei vend. cum ſimil.* Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam caſum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. 17. §. 1. 2. pen. de præſcr. verb. l. 12. & 2. ſeqq. de peric. & comm. l. 1. C. commod. l. 9. C. de pign. act.* Sed non ſemper. Nam interdum etiam periculo noſtro res eſſe dicitur, in qua culpam præſtare & maxime leviſſimam nos oportet, non etiam caſum improviſum, *l. 13. §. 1. de lib. ca. l. qui mercedem 40. locat. l. non ob eam 25. pr. de ſoc. l. 14. §. qualis 16. de furt. l. 1. §. ſæpe 35. de poſ. l. 3 pr. naut. caup. ſtab.* & paſſim hæ phraſes occurrunt, *periculum cuſtodiæ ſubire, periculo culpæ vel negligentiæ ſubjici, adſtringi, illigari, l. un. §. 4. furt. adv. naut. l. tutores 39. §. tutores 12. & l. ſeq. de adm. tut. d. l. 1. §. ſæpe. depoſ.* Sed & appellatione caſus interdum negligentia ſignificatur, Cajus, ſcribens ad legem duodecim tabb. *caſu*, inquit, id eſt, negligentia, *l. 9. de incend. ruin. naufr.* quæ interpretatio confirmatur *l. capitalium 28. §. incendiarii 12. verſ. nam fortuita. de pœn.* & ita cape *l. 1. §. 2. l. 11. §. 2. eod.* Caſus fortuiti varii ſunt, veluti à vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æſtus, frigoris, & ſimilium calamitatum, quæ cœlitus immittuntur. Noſtri vim divinam dixerunt, Græci θεοῦ βίαν *l. ſi merces. 25. §. vis major. locat.* item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chaſmata, incurſus hoſtium, prædonum impetus, &c. fugæ ſervorum, qui cuſtodiri non ſolent. Quæ ſpecies paſſim occurrunt, *d. l 23. de reg. jur. d. l. 5. § 4. l. 18. commod. l. 15. §. 2. locat. d. l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab.* His adde damna omnia à privatis illata, quæ quominus inferrentur, nulla cura caveri potuit, *l. ad eos 19. commod.*
l. ſi ea 31. de act. empt. l. ſed de damno 41. locat. Ad 5
caſus autem fortuitos non ſunt referendi illi caſus, qui cum culpa conjuncti eſſe ſolent: cujuſmodi ſunt furta, *l. cum duobus 52. §. 3. pro ſoc. l. 14. §. 1. de peric. & comm.* item incendia intrinſecus orta, *l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Quamobrem qui rem furto amiſſam, vel incendio, verbi cauſa ſervorum negligentia orto conſumptam dicit, is diligentiam ſuam probare debet. Quod vero incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut à graſſatoribus vel incendiariis immittitur, id inter caſus fortuitos numerari debet, *vid. Gail. 2. obſ. 21. Sande. lib. 3. tit. 6. num. 9. Fachin. 1. contr. 87. Don. ad l. 6. Cod. de pignor. act. num 6. & 3. ſeqq. Sich. ibid. num. 4. Moller. 4. ſemeſtr. 31. D. Tuld. in comm. ad tit. de leg. Aquil. cap. 8.*
Porro regula de caſibus fortuitis non præſtandis pro- 6
poſita, certa & perpetua eſt: ubi nihil amplius debitori objicitur, quam caſus fortuitus: ceſſat autem ſi aut mora caſum præceſſerit, aut debitor rei periculum in ſe ultro ſuſceperit. Etenim moræ intervenientis hic effectus eſt, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet ſententiam; Si res debita poſt moram à debitore factam perierit, ipſius id detrimentum eſſe, perindeque eum perpetuo teneri, ac ſi res adhuc extaret, *l. 23. de verb. oblig. l. nemo 82. §. 1. l. ſi ſervum 91. §. 3. eod. add. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 117.* Conventio quoque in negotio gerendo interpoſita de caſu præſtando facit, ut debitorem damna fatalia ſequantur, *l. 1. §. ſi ſæpe 35. depoſ. l. 23. de reg. jur. l. 1. Cod. depoſ.* Medium inter duo illa extrema, dolum & caſum fortuitum, culpa eſt. Hæc neque unius eſt generis, neque quævis à quovis debitore præſtatur. Proinde quæſtio de præſtatione culpæ huc redit, primum ut norimus, quid ſit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ ſpecies quibus in contractibus præſtentur. Culpam de- 7
finio omne factum inconſultum, quo nocetur alteri injuria. Facti nomine etiam quod omiſſum neglectumve eſt, intelligimus: nam & non facere, quod facere oportet, culpa eſt, *l. ſi ſervum 91. pr. de verb. oblig.* ſicut è contrario & negligentiæ adſcribitur, quod temere & inconſulte quis agit. Dicimus *factum inconſultum*, ut culpam ſecernamus tum à dolo, tum à caſu fortuito. A dolo, quia dolus non eſt ſine conſilio & propoſito nocendi, culpa eſt ἀπροαίρετος. A

caſu

caſu fortuito, quia quod inconſiderate & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti conſilio caveri poteſt; unde culpa alio nomine negligentia dicitur, §. ſeq. hoc tit. l. 1. § is quoque 5. de obl. & act. l. ſocius ſocio 72. pro ſoc. l. cedere diem 213. §. ult. de verb. ſign. Græcis ἀμέλεια. Damna autem fatalia nec conſilio ſe regi patiuntur, nec humana prudentia a verti poſſunt. Addimus *injuria*: nam quod jure permittente fit, non magis delictum eſt, quam id factum quod alii non nocet, l. Gracchus, C. ad leg. Jul. de adult. Species culpæ quot ſint, & quid ſingulæ, in libris juris, quos habemus ex profeſſo traditum aut explicatum non eſt: meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & leviſſimæ. Quamobrem tres haſce culpæ ſpecies, aut ſi mavis gradus, faciamus iisdem appellationibus inter ſe diſtinctas, latam, levem, leviſſimam: nam & ex adverſo tot ſunt ſpecies ſeu gradus diligentiæ. Eſt enim diligentia quædam minima ſeu infima; eſt media, μέση ἐπιμέλεια: eſt & maxima, quam Græci μεγάλην item ἄκραν & ἀκριβεστάτην appellant. vid. Scholiaſt. Harmenop. lib. 6. tit. 2.

8 Latam culpam è regione opponimus infimo gradui diligentiæ, ut ſit omiſſio ejus diligentiæ, quam omnes homines ſuis rebus adhibere ſolent; aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria. Itaque in lata culpa eſt, qui non proſpicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo ſenſu communi præditi ſunt provident, & intelligunt, ſe cavere aut curare debere, dict. l. cedere diem §. ultim. l. lata 223. de verbor. ſign. l. quod Nerva 53. de poſ. l. penult. §. ſecundo. de jure & fact. ign. veluti ſi quis noctu ædium oſtia aut feneſtras, per quas de plano intrari poteſt, apertas reliquerit; aut ſi quis rem fidei ſuæ commiſſam in loco publico aut eo, quo quivis accedere poteſt, incuſtoditam jacere patiatur, credens, neminem venturum qui auferat. Hac eadem culpa peccat, ſi quis rem, quam vendere debebat, corrumpi paſſus ſit, l. mulier 22. §. 3. ad ſen. Trebell. item putator arboris, qui non proclamans ramum dejicit, eoque ictu prætereuntem interficit, l. 7. ad leg. Corn. de ſicar. Alia exempla hujus culpæ habes in l. 8. §. ultim. & l. 29. §. 3. mand. In ſumma, quicunque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in ſua faceret, cujus culpæ reus eſt. Dicitur & culpa latior, dict. l. 32. depoſ. gravior l. homo liber. 54. §. de acquir. rer. dom. Item lata, magna, craſſa, ſupina, diſſoluta, negligentia, l. magna 226 de verbor. ſign. l. 7. §. 1. de adm. tut. l. 7. §. 1. de ſuſp. tut. l. 29. princ. mand. l. cum ſex 55. de ædil. edict. l. 6. de jur. & fact. ignor. & paſſim per periphraſin culpa dolo proxima, l. 4. de mag. conv. l. cum res 47. §. pen. de legat. 1. l. 8 §. 3. de precar. l. 22. §. 3. cum ſimilibus. Levem culpam opponimus diligentiæ mediæ, ut intelligatur eſſe omiſſio ejus diligentiæ, quam hominum natura deſiderat, id eſt, mediocris, & quam vulgo homines frugi ſuis rebus adhibere ſoliti ſunt, argum. d. l. 32. depoſ. aut id admiſſum in re aliena, quod diligens paterfam. non committeret in re ſua. Et ideo in jure noſtro non exigitur ad conſuetudinem hominis diligentiſſimi, ſed ad eum modum, quo quis curat res proprias, hoc text. l. 1. §. 4. de oblig. & act. l. hæredes 23. §. non tantum 16. famil. erciſc. l. 1. de tut. & rat. diſtr. l. 17. de jur. dot. l. ſocio 72. pro ſoc. l. 22. §. 3. ad Trebell. modo ne nimium negligenter in ſuis quoque rebus verſetur: tamen in abſtracto hoc magis conſideratur, quam in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfam. ſuis rebus præſtare conſuevit, non qualem unus è multis, ſed qualem magna pars patrumfam. l. quod ſæpe 35. §. ſi res 4. de contr. empt. l. 14. de pign. act. l. 11. de peric. & comm. rei vend. Itaque levi culpa peccat, ſi quis verbi gratia non clauſerit feneſtras altiores, quam ut de plano intrari poſſint, & fures admotis ſcalis ingreſſi fuerint: aut ſi incendium domeſticorum negligentia exortum ſit, quod adhibita conſueta boni patrisfam. diligentia præcaveri potuiſſet, l. 11. de peric. & commod. Levi culpæ & imperitiæ fere annumeratur, l. imperitia 132. de reg. jur. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil. l. 9. §. pen. locat. Puto autem, imperitiam in artifice, ſeu qui peritiam alicujus rei profitetur, pro levi culpa habendam; l. 9. §. 5. l. 13. §. 5. locat. l. 12. de furt. in aliis pro leviſſima. Denique huic culpæ obnoxius eſt, quicunque non providet, quodcunque à diligente provideri potuit, l. ſi putator 31. ad leg. Aquil. Hæc ſpecies fere in uſu juris ſola ſignificatur quoties verbum culpæ abſolute ponitur, aut dolo opponitur ut innumeris locis videre eſt l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. de neg. geſt. l. hæredes §. non tantum, fam. erc. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. ſæpe 35. depoſ. l. ſocius ſocio 72. pro ſoc. l. in rebus 17. de jur. dot. l. 5. l. 8. C. de pign. act. cum ſimil. Leviſſimam culpam 10
opponimus diligentiæ ſummæ, ut ſit omiſſio ejus diligentiæ, quam vigilantiſſimus quiſque atque attentiſſimus paterfam. ſuis rebus adhibet, l. in rebus 18. commod. l. 1. § 4. de obl. & act. l. 3. de peric. & com. rei vend. §. 1. inf. de obl. quæ quaſ. ex contr. aut id commiſſum in re aliena, quod diligentiſſimus paterfam. omitteret. Quare hanc culpam qui præſtat, non excuſabitur, ſi eam rebus alienis diligentiam præſtiterit, quam aut ipſe aut plerique ſuis rebus adhibere ſolent, modo quis alius diligentior majori cura adhibita damnum, quod illatum eſt, vitare potuerit: nam ad exactiſſimam diligentiam hæc culpa dirigitur, hoc text. d. §. 1. in fin. inf. de obl. quæ qu. ex cont. d. l. 1. §. 4. de obl. & act. d. l. 18. comm. d. l. 72. pro ſoc. §. ult. inf. de ſociet. Exempli gratia, non carebit cul-

pa leviſſima ſi quis feneſtras verſus publicum, remotiores à locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreis perticis. Leviſſimæ culpæ mentio fit *l. in lege 44. ad leg. Aquil.* paſſim per oppoſitum indicatur verbo diligentiæ aut cuſtodiæ, quo ſumma & exactiſſima ſignificatur. *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. cum res 47. §. pen. de legat. 1.* Etſi vero non omnis culpa ejusdem gradus ſecundum hanc diſtinctionem æqualis eſt: nam qualitas facti & circumſtantiæ ſemper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus certis terminis circumſcribi nequeat. Tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis ſufficere trium graduum diſtinctio, ut bene oſtendit *Decian. lib. 1. tract. crim. c. 6. & Pet. Faber ad l. contractus de reg. jur.* prudenterque notat D. Tuldenus, *comment. ad hunc tit. cap 8.* cum varia hæc ſint atque incerta, nimisque vaga, quam ut ſingula ſcientiæ & perpetuis regulis ſubjici poſſint, magisque ad prudentiam referantur & arbitrium judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis ſufficienter inſtrui poſſe, iisdemque arbitrium illius dirigendum. Reſtat nunc, ut videamus,
11 qui contractus quam culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur, perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præſtari placet: non quod revera & facti genere dolus eſt: contrarium enim oſtendit ejus definitio, & loci, in quibus à dolo aperte diſtinguitur, *l. 22. §. 3. ad Trebell. l. 7. ad leg. Corn. de fic. l. tutori 20. C. de neg. geſt. l. 7. C. arb. tut.* ſed quia prope fraudem ac dolum accedit, *l. ſi fidejuſſor. 29 mand l. 7. §. 1. de ſuſp. tut.* & doli ac malitiæ quaſi conſanguinea eſt: unde etiam paſſim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam ſeu magnam culpam dolum eſſe; *l. quod Nerva 32. de poſ. l. 226. de verb. ſign.* dolum accipi debere etiam latam culpam; *l. 5. §. dolum 15. ut in poſſ. leg.* magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere: *l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* id ad communem juris effectum referendum eſt; quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræſentat, jure effectum doli patitur. Et quod Celſus ſcribit, eum, qui lata culpa peccat, fraude non carere, in eo reſpicit ad violentam præſumptionem, quæ jure pro explorata habetur. Explodenda enim eſt diſtinctio Zaſii inter latam culpam ignaviæ & verſutiæ, quamvis eam probet *Mynſ. in §. ſuſpectus. ſup. de ſuſp. tut.* nam verſutiæ culpa quid aliud eſt revera, quam dolus, quam malitia? Ex hac porro interpretatione eſt, quod quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiam in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etſi dolus notetur particulis taxativis, *ſolum, duntaxat, &c. l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. ult. de poſ. l. 1. §. 1. ſi menſ. falſ. mod. l. 8. §. 3. de prec. l. ſervus 108. §. cum quidam. 12. de legat. 1. §. ſeq. hoc. tit.* cum ſimilibus. Atque hoc etiam procedit in cauſis famoſis, & nonnunquam etiam cum ex cauſa delicti civiliter agitur ad pœnam, *l. 11. §. ult. de his qui notantur infam. l. 7. §. 1. de ſuſp. tut. l. 1. §. 2. ſi is qui teſt. l. pen. de incend. ruin. naufr.* quibus locis refutantur, qui ſimpliciter negant in cauſis famoſis & delictis latam culpam dolo comparari. Per *leg 3 cum 2. ſeqq. de ſerv. corrupt. l. in furti 50. §. ult. de furt.* add. quæ nos ſub *§. ſuſpectus, de ſuſp. tut. lib. 1. tit. ult.* Plane in cauſis criminalibus, & præſertim capitalibus, hæc comparatio ſive doli & culpæ exæquatio locum non habet: ſed in his placet dolum ſolum pro facto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coerceri, *l. 7. ad leg. Corn. de ſicar.* niſi forte res ſit mali exempli. Quo caſu punitur & qui nocendi animum non habuit, *l. 3. §. 2. d. tit. l. ſi quis 38. §. qui abortionis 5. de pœn.* Dolus, ut hoc obiter hic moneam, in criminibus ſignificat malum propoſitum, quo propoſito deficiente plerumq; nec delictum eſt: veraque malitia in his requiritur. Ut verba quoque propie ac naturaliter accipienda ſint, non ficte aut civiliter. Levis & leviſſimæ culpæ alia ratio eſt. Harum neutra in omnibus contractibus præſtatur, ſed in quibuſdam duntaxat. Sunt enim 12
quidam contractus, qui dolum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantum recipiunt: ſunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps uſum juris ſequentes culpam ſimpliciter appellabimus: ſunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam præſtatur etiam culpa leviſſima; quod more veteribus uſitato contrariæ rei præſtatione, nimirum diligentiæ indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & diſtinctio jure communi comprobata eſt, ut, ſiquidem tale ſit negotium, in quo ejus, qui quid ſuſcepit, nulla verſatur utilitas, aut in quo debitor officii eſt debitor, quale eſt depoſitum, tum dolus ſolus præſtetur. Ubi vero utriuſque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, ſocietate, rerum communione, ibi præter dolum præſtetur & culpa. Quod vero utilitatem ejus duntaxat, qui accipit, non etiam ejus, qui dedit continet, quale plerumque eſt commodatum, in eo & culpa præſtetur & diligentia *l. 5. §. 2. l. 10. l. in rebus 18. commod. l. in navem 31. circa fin. locat.* Quæ regula ſervata eadem diſtinctione accommodanda quoque eſt contractibus innominatis, *dict. l. 10. §. 1. commod. l. 17. § 1. & 2. de praſcr. verb.* item legatis ac fideicommiſſis, quatenus natura eorum id patitur, *l. ſervus 108. §. cum quid 12. de legat. 1. junct. l. cum res 47. §. pen. eodem, l. mulier 22. §. 3. ad Trebell.* Quod vero ejus, qui precario rogavit, item agrimenſoris dolus

rantum coercetur, id ſpecialem rationem habet, *l.8. §.3. de precar. l.1. §.1. ſi menſ. falſ. mod.* ut & illud, quod placet nautas, caupones, ſtabularios in eo, quod receperunt, pluſquam culpam præſtare, *l.3. §.1. naut. caup. ſtab.* Cæterum prædicta diſtinctio ita obtinet, ſi nihil aliud nominatim convenerit, alioqui lex contractus ſervanda eſt, excepto ſi placuerit, ne dolus præſtetur, *l.23. de reg. jur.* Finge enim conveniſſe, ut in depoſito culpa quoque præſtaretur, aut in commodato dolus tantum; nec minus, nec plus, quam quod placitum eſt, præſtabitur *l.1. §. ſi convenit 6. depoſ. l.1. Cod. eod. l.5. §. interdum 10. commod.* Poſſunt vero & ſine conventione juſtæ cauſæ intervenire, ob quas placeat etiam officii debitorem culpam præſtare. Veluti ſi officium ſit publici muneris, ut tutela & cura, *l.1. de tut. & rat. diſtr. l.7. C. arb. tut.* aut ſi quis ſe negotio obrulit, veluti ſi depoſitarius, cum dominus rem ſecum ferre aut apud alium relinquere conſtituiſſet, eum ultro hortatus ſit, ut apud ſe potius deponeret: quo caſu non ſolum culpa, ſed etiam cuſtodia & diligentia in depoſito præſtanda, *l.1. §. ſæpe 35. depoſ.* Eodem numero & negotiorum geſtor voluntarius & mandatarius quoque haberi poteſt, *l. 11. de negot. geſt. §.1. in fin. inf. de obl. quæ quaſi ex contr. l.23. de reg. jur l.13. l. in re 21. C. mand.* Hæc ſuis locis in progreſſu ſingulis in contractibus diligentius confirmabimus. Illud hic obiter notandum, non eodem ſenſu dici, præſtare diligentiam, & præſtare dolum, culpam, caſum fortuitum. Cum enim diligentiam præſtandam eſſe dicimus, eo ſignificamus, diligentiam eſſe adhibendam: cum dolum, culpam, caſum fortuitum non adhibenda hæc, ſed removenda eſſe, & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæ locutiones ſunt, præſtare dolum, præſtare culpam, præſtare caſum aut fatum, pro præſtare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam] Quoniam commodatum ſolam utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, conſequens eſt diſtinctioni *dict. l.5. § 2. commod.* quod & eodem loco expreſſum eſt, à commodatario & culpam præſtari & diligentiam, id eſt, in commodato venire culpam non modo levem, ſed etiam leviſſimam: ſiquidem, ut ſupra demonſtravimus, diligentiæ verbo culpæ oppoſito in uſu juris plerumque exactiſſima ſignificatur. Gajus *l. in rebus 18. eod. in rebus commodatis*, inquit, *talis diligentia præſtanda eſt, qualem diligentiſſimus quiſque paterfamil. rebus ſuis adhibet.* Idem alibi ait, *eum, qui utendum accepit, exactiſſimam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare compelli, l. 1. §. 4. de obl. & act.* Juſtinianus exactam diligentiam dixit,
13 ſed eodem plane ſenſu, ut apparet ex eo, quod mox ſubjicit, non ſufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantam ſuis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius cuſtodiri potuerit. Sic Conſtantinus in *l. 21. Cod. mand.* exactum officium dixit, pro exactiſſimo. Ulpianus diligentem cuſtodiam pro diligentiſſima, *d. l.5. §. cuſtodiam. 5. commod.* Paulus diligentem patremfam. pro diligentiſſimo, *l. heres 25. §. non tantum 16. fam. erc.* quemadmodum vice verſa ſuperlativus nonnunquam pro poſitivo ponitur: quod æſtimandum ex natura contractus. Juriſconſulti enim non ſemper eodem modo loquuntur. Quod ſi proponas, aliquem ſua duntaxat gratia, quod interdum fit, commodaſſe, ſponſæ forte vel uxori, quo honeſtius culta ad ſe deduceretur, dolus ſolus præſtabitur, ut in depoſito, *d. l.5. §. interdum 10. comm.* Quod ſi ſua & commodatarii gratia, quod item fieri poteſt; culpa æſtimatur, ut in pignore, dote, &c. *d. l. in rebus, in fin. pr. eod.*

14 *Si modo alius diligentior*]. Hinc tria elicimus. 1. etſi commodatarius ad communem modum diligens in rebus ſuis eadem diligentia tractaverit res alienas: tamen hoc non ſufficere ad eum excuſandum, cum alius diligentior rem cuſtodire potuiſſet. 2. Si commodatarius ipſe ſit ſumme diligens, nihil amplius ab eo exigi, quam ut eandem diligentiam, quam ſuis rebus præſtat, etiam adhibeat commodatis. Quippe cum major ab alio expectari non poſſit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non ſit, ſed natura in ſuis rebus ignavior, licet aliquanto diligentius verſetur in rebus commodatis, quam in ſuis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, ſi alius diligentius curando rem ſervare potuit.

Majoresve caſus non tenetur] Caſus fortuiti nullo in contractu præſtantur, *l. contractus, de reg. jur. l.23. de verb. obl.* nec ſi ſolius debitoris utilitatem contineat; quale eſt commodatum, *l.5. §. 4. l. in rebus 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act.* De commodato tamen ob prædictam cauſam dubitari potuit; & videtur ad removendam iſtam dubitationem pertinere, quod præſcriptum eſt, *l. 6. C. de pign. act.* caſus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præſtari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

Si non ipſius culpa] Culpa abeſſe intelligitur ſi res 15
commodata uſus ſit juxta præſcriptum in utendo modum. Itaque ſi alicui in hoc res commodata ſit, ut eam peregre ſecum ferret, isque incurſu hoſtium aut latronum vel naufragio rem amiſerit, non tenebitur. At ſi cui, exempli gratia, quaſi amicos ad cœnam invitaturo argentum commodavero, is ſi id peregre ſecum portaverit, caſum naufragii, impetum hoſtium, latronum, piratarum, præſtare debebit, *d. l. 18. comm. d. l. 1. §. 4. de obl. & act.* Si res commodata

data uſu deterior facta ſit, ita commodatarius non tenetur, ſi ea uſus ſit in eam rem, in quam utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti ſi equus usque ad certum locum utendus datus in ipſo itinere deterior factus ſit ſine culpa commodatarii, *l. 10. l. ult. commod.*

16 *Si nulla mercede*] Commodatum niſi gratuito non contrahitur. Commodare enim officii eſt & liberalitatis, *l. in commodato 17. §. 3. d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia; quæ ſunt vincula amicitiæ, *l. 1. §. ult. mand.* Cum igitur merces pro uſu rei datur aut conſtituitur, non commodatum, ſed locatio eſt: aut ſi non ſtatim merces conſtituatur, nec tamen gratis res utenda detur, ſed eo animo ut tantum mercedis nomine præſtetur, quantum poſtea definiri placuerit, contractus innominati genus eſt, *§ 2. inf. locat. l. ſi poliendα 22. de præſcr. verb.*

TEXTUS.

De depoſito.

3. Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depoſiti: quia & ipſe de ea re, quam accepit, reſtituenda tenetur. Sed is ex eo ſolo tenetur, ſi quid dolo commiſerit: culpæ autem nomine, id eſt, deſidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque ſecurus eſt, qui parum diligenter cuſtoditam rem furto amiſerit: quia qui negligenti amico rem cuſtodiendam tradit, non ei, ſed ſuæ facilitati, id imputare debet.

NOTÆ.

Actione depositi] Directa: nam contrarium judicium depoſitario datur ad conſequendam indemnitatem. *d. l. 5. pr.*

Culpæ, &c. ac negligentiæ non tenetur] Extra quam ſi convenerit, ut culpa quoque præſtetur, aut ultro ſe depoſito obtulerit, *l. 1. §. 6. & 35. depoſ.* quoties autem culpæ aut negligentiæ ſimpliciter mentio fit, levis culpa ſignificatur, *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 72. pro ſoc. cum ſimul.*

Commentarius.

1. *Quid ſit depoſitum, & an etiam conſiſtat in re immobili.*
2. *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depoſitarius eam pro arbitrio reſtituere poſſit.*
3. *Ad quid depoſitarius teneatur.*

Tertia ſpecies obligationis, quæ re contrahitur, eſt ex depoſito. Deponere eſt, rem alicui, qui gratis hanc operam ſuſcipiat, cuſtodiendam dare, *l. 1. depoſ.* In eodem ſignificatu utimur & verbo commendare, *l. Lucius 24. eod. l. commendare 186. de verb. ſign.* Rem hic intelligimus, ſive ea certa ſpecies ſit, ſive quantitas, puta pecunia numerata, *d. l. Lucius, & ſeq. §. 1. eod.* In quo depoſitum differt à commodato, *l. 3. §. ult. commod.* An vero, quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium eſt, *l. 1. §. ult. dict. tit.* ita & depoſitum in his conſiſtere poſſit, quæritur. DD. comm. id negant, argumento ſumpto ab etymologia nominis, quod à ponendo dictum, *dict. l. 1. depoſ.* tum quod nullum depoſitum rei immobilis exemplum in jure noſtro extet: poſtremo quod cura rei immobilis in ſpeciem mandati transeat, *arg. l. 5. § ſed ſi 4. de præſc. verb.* Intelligunt autem depoſitum non in genere, ſed in ſpecie dictum: nam in ſequeſtrationem, quæ depoſiti quoque in genere ſumpti ſpecies eſt, *l. 5. & ſeq. l. licet 17. depoſ.* quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, *l. 7. §. ult. qui ſatisd. cog. arg. l. un. Cod. de prob. ſeq. pec. cap. 1. de ſequeſtr. Clement. un. eod.* quod ipſum etiam ſuperiora argumenta elevare videtur. Nam ſi res immobilis, de qua controverſia eſt, recte deponi dicitur, cum ea à litigatoribus aut judice ſequeſtro collocatur, atque ex ea depoſitione ei, qui vicerit, actio depoſiti ſequeſtraria competit, cur non ſimiliter res immobilis non litigioſa deponi dicatur, cum ea à domino alicui cuſtodienda traditur, ut hic quoque in eum, qui id recepit, actio depoſiti detur, utut fortaſſis ea res depoſiti communis modum excedat, legemque mandati annexam habeat? *argum. d. l. 5. §. 4. de præſcr. verb. l. Lucius 24. depoſ.* Addidi, *qui gratis hanc operam ſuſcipiat.* Nam ut commodatum, ita quoque & depoſitum gratuitum eſſe debet: illic dans officium præſtat, hic accipiens. Si merces promiſſa ſit, depoſitum eſſe deſinit, & aut locatio eſt, aut incerti contractus genus, *l. 1. §. ſi veſtimenta, & §. ſeq. depoſ.*

Re obligatur] *L. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* Sola quippe conventio depoſitum non facit, ſed rem poni apud alium oportet, eaque tradita initium obligationi præbet.

Teneturque actione depoſiti] Actione nimirum depoſiti directa. Nam contrarium judicium depoſitario datur ad conſequendum, quod ſibi per caſum & occaſionem rei acceptæ abeſt, *l. 5. de poſ.* Poteſt vero is, qui depoſuit, quovis tempore rem depoſitam repetere, & repetenti etiam ante tempus conſtitutum reddenda eſt, *l. 1 §. propen. & ult. eod.* At ex con-

contratio depoſitarius ante tempus ſtatutum rem reſtituere volens officio ſuo non liberatur, niſi juſtiſſima cauſa interveniat, *l. 5. §. 2. eod.* ut bene Caſtr. *in dict. l. 1. §. propen. & pen. & Coſtal. ibid.* Vitioſa enim eſt quorundam in hac re deponentis & depoſitarii comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æſtimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum eſt; quam ſine incommodo depoſitarii mutat, ſi rem ante tempus definitum repetat: At non ſine incommodo deponentis futurum eſt, ſi depoſitario permittamus officium, quod ſemel ſuſcepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverſo commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, ſed pro arbitrio dantis, repeti non poteſt. *l. in commodato 17. § 3. commod.*

De ea re reſtituenda] in ſpecie. Qui enim rem cuſtodiendam dat, nihil in alium transfert, ſed aperte hoc agit, ut res ſibi cuſtodiatur, reſtituaturque repoſcenti. Quare etiam, ſi nummi deponantur, eadem corpora reſtitui oporret: niſi forte nominatim convenerit, ut depoſitarius, ſi opus habeter, pecunia uteretur, & redderet tantundem: quæ res notos depoſiti terminos egreditur, *l. Lucius 24. cum ll. ſeqq. l. ſi ſacculum 29. §. 1. de poſ.*

Si quid dolo] In depoſito nullum commodum eſt depoſitarii: quin onus potius eſt, rem alienam gratis cuſtodire: ac proinde ſecundum regulam de eo ſolo tenetur, ſi quid dolo ejus perierit, *l. 5. §. 2. commod. l. 1. §. ultim. l. ſi ſine 20. depoſ. l. 1. §. is quoq; 5. de obl. & act. l. contractus, de reg. jur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit: quia ea pro dolo habetur, ut ſuperius demonſtravi. Itaque etſi doli hic tantum mentio fit, ſciendum tamen eſt, etiam latam culpam in depoſiti judicium venire, *l. quod Nerva 32. depoſ. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act. l. 1. C. depoſ.*

Culpæ nomine, id eſt, deſidiæ ac negligentiæ] Quoties culpæ aut negligentiæ ſimpliciter mentio fit, levem culpam ſive negligentiam his nominibus ſignificari, *§. præced* probatum eſt: quod hic locus confirmat, &, unde deſumptus eſt, *l. 1. §. 5. de obl. & act. item. l 72. pro ſoc. & §. ult. inf. de ſociet.* Igitur depoſitarius culpam aut negligentiam leviorem non præſtat, extra quam ſi in depoſito convenerit ut ea quoque præſtetur, *l. 1. §. ſi convenerit 6. depoſ.* aut ſi ultro ſe depoſito obtulerit, *d. l. 1. §. ſæpe 35. eod.*

Furto perierit] Furtum plerumque cum culpa patrisfam. rem ſuam non bene cuſtodientis conjunctum eſt: ideoque ſocius & venditor & creditor periculum furti præſtant, *l. cum duobus 52. §. 3. pro ſoc. l. 14. §. 1. de per. & com. rei vend.* niſi doceat culpam omnem abeſſe: quod aliquando fieri poteſt, *l. 14. §. idem 6. de furt.*

Suæ facilitati id imputare] Hæc quoque ratio eſt, cur depoſitarius negligentiæ nomine non teneatur, quia qui negligenti amico rem cuſtodiendam committit, de ſe queri debet, *d. l. 1. § 5. de obl. & act.* & ſe ipſum accuſare, qui homini adeo diſſoluto & ſupino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem ſuam commiſit Scholiaſtes *ad Harmenop. lib. 6. tit. 2.* Utique ut ad ſuum ſaltem modum depoſitarius rem depoſitam curet, merito exigitur, *l. quod Nerva depoſ.* Adde omnino quæ nos ad *§. ult. inf. de ſociet.*

TEXTUS.

De pignore.

4. Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipſe de ea re, quam accepit, reſtituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriuſque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto ſit creditum: placuit ſufficere, ſi ad eam rem cuſtodiendam exactam diligentiam adhibeat; quam, ſi præſtiterit, & aliquo fortuito caſu rem amiſerit, ſecurum eſſe, nec impediri creditum petere.

NOTÆ.

Exactam diligentiam] Exactam diligentiam hoc loco poſitam pro ea, quam vulgo homines frugi ſuis rebus adhibent, & quæ præſtari ſolet in contractibus, qui utriusque gratia fiunt; arguit ipſa Juſtiniani illatio. Tralatitium autem eſt in ejusmodi negotiis non leviſſimam culpam, ut in commodato, ſed levem duntaxar præſtari, *l. 5. §. 2. l. 18. in fin. pr. commod. l. 31 in fin. locat.*

Fortuito casu] *l. 6. C. de pign. act.* Excluſio autem caſus fortuiti non includit ſemper culpam leviſſimam: ſed ſæpe & hæc ipſa ſimul cum illo, ad quem proxime accedit, excludi intelligitur, *l 5. C. dot. l 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. tut.*

COMMENTARIUS.

1. *Pignoris varia ſignificatio.*
2. *Etiam ſola conventione pignus contrahi: ſed ut naſcatur obligatio pignoratitia, traditionem intervenire oportere.*

3. *Quan-*

3. *Quando actio pigneratitia naſcatur: & quid ea differat ab hypothecaria.*
4. *Ad quid creditor pigneratitius teneatur.*
5. *In actione pigneratitia levem duntaxat culpam, non etiam leviſſimam, venire, cum accurata remotione contrariorum.*

1 Quarta & poſtrema ſpecies obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore eſt. Pignus in jure noſtro triplicem fere ſignificationem habet. Nam & rem ſignificat pro debito creditori obligatam, §. *item Serviana 7. inf. de act. tit. x.* & *Cod. de diſtr. pign.* & jus creditori in ea re conſtitutum, *tit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. ſolv.* & denique contractum, quo jus illud conſtituitur *l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commod.*

2 Contrahitur autem pignus non ſola traditione, ſed etiam nuda conventione, quamvis traditum non ſit, *l. 1. de pign. act.* hoc eſt, jus in rem creditori quæritur ſimul ac placuit eam pignori obligatam eſſe, licet poſſeſſionem non acceperit: ejusque juris perſequendi cauſa actionem in rem jure prætorio conſtitutam habet, Servianam aut quaſi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur, *l. pignoris 17. de pign.* §. *Serviana inf. de act.* Cæterum ut obligatio pigneratitia conſtituatur, unde debitori actio ſit adverſus creditorem ad pignus ſoluto debito repetendum, rem prius tradi neceſſe eſt: atque hac conſideratione pignus eſt contractus realis. Hinc intelligere licet, non agi hic de pignore legali, nec de pignore prætorio, aut judiciali, nec de eo, quod teſtamento conſtituitur; ſed de conventionali duntaxat; adeoque de pignore proprie dicto, non de hypotheca; nam pignus & hypotheca ſic fere diſtingui ſolent, ut pignus dicatur, cum poſſeſſio tranſit in creditorem, hypotheca cum res apud debitorem manet, *l. 9. §. 2. de pign. act.*

Re obligatur] Obligationi pignoratitiæ non conſtitutio pignoris, ſed acceptio, cauſam præbet. Neceſſe quidem non eſt, ut res pignori obligetur, eam pignoris cauſa tradere creditori: poteſt enim pignus vel nudo conſenſu conſtitui, *l. 1. de pign. act.* At vero ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, niſi re tradita acceptaque, *l. 1. §. creditor. 6. de obl. & act.* Cum enim hæc obligatio eo pertineat: ut res eadem, quæ pignori obligata eſt, reſtituatur, traditum eſſe prius oportet creditori, quam reſtituere poſſit.

Actione pigneratitia] Directa ſcilicet, quæ datur debitori adverſus creditorem, ut rem pigneratam, cujus poſſeſſio apud eum fuit, una cum fructibus reſtituat, *l. debitor 40. §. ult. de pign. act. l. 1. cum 2. ſeqq. C. eod.* & demum debito omni exſoluto intentari poteſt, *d. l. 9. §. 3. eod.* Creditori vero & hic contraria competit adverſus debitorem, ſi forte is pignus recuperavit, aut in conventione creditorem decepit, *l. 3. d. l. 9. pr. eod.* aut ſi creditor in rem pignoratam neceſſarias impenſas fecit, *l. 8. eod.* Ab actione igitur hac pigneratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem eſt, daturque creditori ad pignus perſequendum contra quemcumque poſſeſſorem, *d. §. Serviana inf. de act. l. pignoris 17. de pign.* At pigneratitia eſt in perſonam, competitque debitori adverſus creditorem & adverſus hunc ſolum. Hypothecaria jure pignoris ſoluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax eſt. Illa occaſione juris creditori in re conſtituti à prætore datur: hæc ex contractu naſcitur re pignoris cauſa tradita acceptaque. Veteres tamen abuſive hypothecariam quoque pigneratitiam interdum appellant, *l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. rem alienam 41. de pign. act.* & aliis locis.

4 *Sufficere ſi exactam diligentiam*] Supra §. 2. *hujus tit.* hanc Regulam ex Ulpiano *l. 5. §. 2. commod.* tradidimus. In contractibus, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, & dolum præſtari & culpam. Culpam ex uſu authorum juris interpretari ſumus levem duntaxat, non etiam leviſſimam. Et vero nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriusque contrahuntur, eandem à debitore diligentiam requiramus; quam præſtaret, ſi ejus ſolius commodum ageretur: ſed quemadmodum plus præſtat, quam ille, cujus nulla verſatur utilitas, ita minus ab eo exigendum, quam verbi cauſa à commodatario, qui beneficium accipit: quamobrem etiam Ulpianus hoc tam diligenter diſtinguit, eosque contractus, qui utriusque utilitatem continent, medios facit inter depoſitum, quod tantum dolum, & commodatum, quod etiam culpam leviſſimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriusque utilitas, eſſe quidem, quod præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit, præſtetur, quod tamen non ſit culpa leviſſima: levis igitur tantum ſit neceſſe eſt. Hoc idem plane confirmat Gajus *l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* ubi diſerte ſcribit, culpam in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, non æſtimari, ſicut regulariter æſtimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriusque commodum ſpectant, & pignus eſt: eoque expreſſe refertur & ab Ulpiano, *d. l. 5. §. 2. commod.* & à Juſtiniano hoc ipſo in loco, addito inſuper qua in re utriusque utilitas verſetur, nimirum creditoris in eo, quod pecunia ei cautior eſt, debitoris, quod ei creditur, cum absque eo foret, ut non crederetur. Itaque ſciamus, prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere, & ſecundum eam definiendum, quid in actione pigneratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 9. §. eſt præterea 5. de reb. auct. jud. poſſ.* Hoc autem modo cum noſtri ſimpliciter loquuntur, ſub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nomine levem duntaxat intelligunt, ut ſuperius

abunde probatum eſt. Culpæ igitur in pignore æſtimatio facienda non eſt, ut in commodato, ut etiam culpam leviſſimam, quæ ſummæ diligentiæ opponitur, creditor pigneratitius præſtare compellatur, ſed ut in empto, locato, dote, cæteriſq́, ejuſdem naturæ contractibus, ut levem tantum, *d. l. 5. §. 2. d. l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Quod etiam non obſcure hic indicat Juſtinianus, cum ex eo, quod pignus utriuſque gratia contrahitur, infert, ſufficere, ſi creditor exactam rei cuſtodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Juſtinianum pignus conſiderare, ut contractum medium inter commodatum quod ſolius commodatarii, & depoſitum, quod ſolius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle, ut etiam in præſtationibus medium teneatur, & à creditore exigatur plus quidem, quam à depoſitario, minus autem, quam ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam diſtinctionem, *d. l. §. 2. d. l. 18. circa fin. pr. commod.* Negotium tamen faceſſit, quod hic ſcriptum eſt de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur caſus fortuitus, ut etiam *in l. 13. §. ult. de pign. act. l. 19. C. de pign.* Quid quod iiſdem locis traditum eſt, creditorem pignoris præter culpam & cuſtodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. l. 13. §. ultim. in actione pigneratitia culpam venire, ut in commodato?* Reſpondeo, ex iis, quæ relata ſunt, ſatis patet, plus præſtandum eſſe in commodato, quam in pignore: & ideo hoc loco exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non eſſe accipiendam pro exactiſſima, qualis à commodatario exigitur, quæ pene modum excedit, & qualem diligentiſſimus aliquis, & unus forte è multis, ſuis rebus adhibet; ſed ſecundum hujus contractus naturam pro diligentia ſtata, id eſt, ea, quam in ſuis rebus plerumque præſtare ſolent diligentes & frugi patresf. nihil enim amplius à creditore Paulus exigit *l. 14. de pign. act.* quanquam fatendum eſt, incommode hanc ſpeciem diligentiæ exactam à Juſtiniano appellari, quod vim ſuperlativi habet: conſiſtit enim in medietate, non excedens modum, quem hominum natura, quæ mediocribus contenta eſt, deſiderat. Quod autem tantum caſus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo ſequitur ſummam atque exactiſſimam diligentiam à creditore præſtandam eſſe, ſeu eum etiam leviſſimæ culpæ nomine teneri. Nam leviſſima culpa, quoniam, quod verbum ipſum indicat, vix culpa eſt, ſæpe non conſideratur, & cum caſibus fortuitis, ad quos proxime accedit, & ipſa excludi intelligitur, ut *in l. 5. C. de pign. act. l. in judicio 28. Cod. de locat. l. 4. C. de peric. tut.* Unde etiam eſt, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa leviſſima præſtatur, ſi conjungantur, quaſi utriuſque eædem eſſent præſtationes, ut *in d. l. 13. §. ult. de pign. act. l. contractus 23. de reg. jur.* Sed neque diligentia aut cuſtodia culpæ oppoſita ſemper ſignificat diligentiam ſummam aut cuſtodiam plenam, qualem præſtat commodatarius, ſed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverſo reſpondeat, *l. quod ſæpe. 35 §. ſi res 4. de contr. empt. l. 10. §. 1. commod. d. l. 28. C. de locat.* eodemque modo cuſtodia accipienda *in d. l. 13 §. ultim. de pign. act. & d. l. 19. C. de pignor.*

Aliquo fortuito caſu] Nam caſus fortuiti à nemine præſtantur, *d. l. contractus de reg. jur. l. quæ fortuitis, C. de pign. act.* niſi culpa aut mora caſum præceſſerit, aut nominatim placuerit caſum quoque præſtari: de quo jam explicatum eſt ſup. §. 2.

TITULUS XVI.

D. lib. 45. t. 1. C. lib. 8. t. 38.

De verborum obligationibus.

1. *Continuatio.* 2. *An verborum obligationis plures cauſa, quam ſtipulatio.*
3. *Pomponiana ſtipulationis definitio explicata: ubi & alia.*
4. *Uſus ſtipulationum quam varius jure civili.*
5. *Stipulationem non habere certam & determinatam naturam: & quid inde.*

Expoſita eſt prima ſpecies obligationum quæ cum ex contractu ſint, ſolo tamen conſenſu 1 non conſiſtunt, illæ nimirum, ad quas conſtituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ ſunt ejuſdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera literis ad conſenſum accedentibus conſtituitur: unde illa verborum, hæc literarum dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proxime ſequentes quinque tituli conſumuntur. Literarum obligatio brevius perſtringitur, *tit. 22.* Verborum obligatio, ſi Gajo *lib. 2. tit. 9.* 2 credimus, duobus olim modis contrahebatur, aut interrogatione præcedente, eamque ſubſequente reſponſione; aut interrogatione non præcedente, unoque tantum loquente aut promittente: cujuſmodi duo profert exempla, dictionem dotis, & jusjurandum, liberti ad operas & alia patrono præſtanda. Verum in corpore juris noſtri uno tandum modo contrahi verborum obligationem legimus, cum præcedit interrogatio, & ſequitur congruens reſponſio, *hoc tit. in pr. l. 1. §. verbis 7. de obl. & act. l. obligamur 52. §. 2 eod. tit.* Neque alia cauſa hujus obligationis in toto hoc tractatu aſſignatur, quam ſtipulatio; quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quæ interrogatione & reſponſione conſtat. Igitur verborum obligatio eſt ea, quæ naſcitur

ſcitur

ſcitur ex ſtipulatione. Stipulatio eſt contractus conſtans interrogatione & reſponſione certis verbis conceptis. Stipulationem contractum eſſe, abunde pro-
3 bavimus in explicatione §. *ult. ſup. de oblig.* Eſt autem μονόπλευρος tantummodo, obligans reſpondentem. A Pomponio definitur *verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve ſe quod interrogatus eſt, reſpondet, l. 5. §. 1. hoc. tit.* Verum Jurisconſultus eo loco genus non expreſſit, quod nec ſemper neceſſarium; formam tantum ſeu differentiam poſuit: perinde enim hoc accipiendum eſt, quaſi dixiſſet, *ſtipulatio eſt contractus conſtans conceptione verborum, &c.* Verbis utimur in omnibus contractibus, ſed excepta ſtipulatione ad ſubſtantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus ſufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria; ſtipulatio ſolemnia & certo modo concepta deſiderat. Ex quo recte plerique colligunt, ſtipulationem eſſe contractum juris civilis. Nam etſi verborum uſus omnium gentium communis eſt, & cum ratione juris gentium optime convenit, ut quis ex conſenſu verbis declarato obligetur: tamen à ſimplicitate illius juris alienus eſt, ad ſubſtantiam alicujus actus exigere certam conceptamque verborum lingua nuncupandorum formulam: quod etiam Paulus non obſcure innuit *l. 1. locat.* facit item *l. ſi ita 126. §. 2. verſ. ſupereſt de verb. obl. add. Ioan. Gœdd. de contr. & commit. ſtip. cap. 2.*
4 *concl. 1.* Stipulationum uſus jure civili maximus eſt; ne quis puret, hanc ſpeciem conventionis fruſtra inductam eſſe. Quotieſcunque enim, quod in multis cauſis eſt opus, ſine re ac literis obligationem conſtitui volumus, neceſſe eſt ad obligandum promiſſorem, ſtipulationem adhibere: Nimirum leges Romanæ ex nuda conventione neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promiſſum, & ſermo ſæpe inconſultus magis, quam ex voluntate proficiſcens, neceſſitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcidendarum cauſa; ſed excogitata eſt conventio certo modo & forma concipienda celebrandaq; quam deliberati animi certum ſignum eſſe voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret quam conventionem ſtipulationem dixerunt. Itaque ſtipulationum uſus non tantum utilis eſt, verum etiam neceſſarius in fidejuſſoribus conſtituendis, *inf. de fidejuſſ.* obligationibus novandis, *l. 1. & l. 2. de novat.* interdum & in uſuris, quas nobis præſtari volumus, ut in ſtrictis judiciis, *l. 3. C. de uſur.* Sed & ſtipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones & obligationes firmantur. Quod videre eſt tum in pactionibus nudis; quæ cum per ſe jure civili infirmæ ſint ad producendam actionem, ſtipulatione muniendæ ſunt, *l. diviſionis 45. de pact. l. petens 27. C. eod. l. 3. & l. 4. C. de rer. perm.* Paulus *2. ſent. 22.* O*mnibus pactis*, inquit, *ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit.* tum etiam in contractibus juris gentium; ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam ſtipulatio utiliter accedit ut firmior ſit obligatio, & certior ratione præſtationum, *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. §. ult. de uſur. l. quicquid 99. de verb. obl.* Denique omnium fere negotiorum noviſſima parte ſubjici etiam ſtipulatio ſolet, *l. Titia 134. §. 1. de verb. obl. l. 7. §. quod fere 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum ſunt communia, ea ſub *tit. de verb. obl.* tanquam in Pandecte, tractentur, & ſtipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt, ſtipulationem non eſſe contractum, qui per ſe conſiſtat, ſed alterius obligationis ſive civilis ſive naturalis acceſſionem & fulcimentum, per *l. 5. in pr. verſ. conventionales h. t.* id DD. communiter ſic exprimunt, ut dicant, ſtipulationem non ſubſiſtere, quæ cauſam nullam præcedentem habet, propter quam adhibita
5 ſit. Et recte. Nam cum ſtipulatio non habeat certam & determinatam naturam, ut contractus cæteri, ſed ex variis cauſis, ſæpe etiam ex injuſtis, interponatur, merito requiritur, ut, ſi eam valere volumus, de cauſa, propter quam interpoſita ſit, conſtet; quod ex eo ſolo intelligi non poteſt, quod quis ſimpliciter dicatur ſtipulanti promiſiſſe. Enimvero in cauſa donationis, ut ſubſiſtat promiſſio, non eſt neceſſe antecedere aliquid actum donationis, ſed ſatis eſt, ſtipulatione ipſa hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere. *l. hoc jure 19. de donat.* Illud tamen addendum, ſummo adhuc jure ex ſtipulatione ſine cauſa naſci actionem, ſed inefficacem eam reddi oppoſita doli mali exceptione, *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. ſi quis 36. hoc tit. Gloſſ. & Bart. in d. l. 2. §. 3. Gomez. 2. var. reſol. 11. n. 3.* quem perperam reprehendit, *Suarez. in annot.*

Vide ... ſ. ... 1. 79.

TEXTUS.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſione, cum quid dari fierive nobis ſtipulamur: ex qua duæ proficiſcuntur actiones, tam condictio certi, ſi certa ſit ſtipulatio, quam ex ſtipulatu, ſi incerta ſit: quæ hoc nomine inde utitur, quod ſtipulum apud veteres firmum appellabatur, forte à ſtipite deſcendens.

NOTÆ.

Ex STIPULATU] Quæ in ſpecie & τεχνικῶς ex ſtipulatu dicitur, *l. 24. de reb. cred.* alibi *actio incerti* ex ſtipulatu, *l. 4. de uſur.* Cæterum generaliter & φυσικῶς

φυσικῶς etiam rem certam ex ſtipulatu petentes, ex ſtipulatu agere dicimur, *l. 83. §. 6. de verb. obl. l. 42. pro ſoc. l. 28. de cont. empt. l. 14. C. de pact.*

Si incerta sit] Exempla incertæ ſtipulationis pete ex *l. 75. de verb. obl.* Illa ſtipulatio incerta non eſt, *Triticum, quod in illo horreo eſt, dare ſpondes? d. l. 75.* fac *l. 30. §. 4. ad leg. Falc. l. 7. §. 1. de contr. empt.* Itaque non leviter hic errat Th. Quod ſi id quod in obligationem deductum eſt, nullos certos fines habet, aut ad viliſſimum deduci poteſt, ſtipulatio inutilis eſt; veluti ſi fundus ſine demonſtratione promiſſus *l. 69. §. 4. de jur. dot.* vinum, triticum ſine deſignatione menſuræ, *l. 94. & ſeq. l. 115. pr. h. t.* Thalel. ad *l. 1. C. de dot. prom.* Harm. *lib. 4. tit. 8. §. 44.*

Stipulum apud veteres firmum] Hanc nominis rationem reddit & Paul. 5. *ſent. 7.* & probat Doctiſſimus Salmaſ. *de uſur. c. 6.*

Commentarius.

1. *Verbo ſtipulationis non interrogationem tantum ſed etiam reſponſionem, & ita totum contractum ſignificari.*
2. *Etiam eum ex ſtipulatu agere dici, qui certum ex ſtipulatione petit: & quando incertitudo ſtipulationem vitiet.*
3. *Stipulationis vera originatio.*

1 Ex *interrogatione & reſponſione*] Verborum obligatio naſcitur ex interrogatione & reſponſione *l. 1. §. verbis 7. l. obligamur 52. de obl. & act.* Nam duabus hiſce partibus conſtat illa verborum conceptio, quæ uno nomine ſtipulatio à veteribus dicta eſt, *l. 5. §. 1. hoc tit.* non proprietate verbi, (nam ſtipulari is dicitur, qui interrogat; alter promittere, ſpondere: interrogatio autem ſine reſponſione inutilis eſt) ſed propter partium neceſſariam conſequentiam, quia poſita una, altera quoque intelligitur; quod etiam in plerisque aliis appellationibus uſu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci interpretes *ἐπερώτησιν* reddiderunt. Harum autem partium quædam ſunt communia; veluti ut & qui rogat & qui reſpondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat & intelligat: quædam reſponſionis propria, veluti ut qui reſpondet, illico id faciat; ut reſpondeat convenienter interrogationi. Sed de his poſtea explicatius.

Dari fierive] His verbis indicatur ſtipulationum materia, nimirum non ſolum res in ſtipulationem deduci; ſed etiam facta: unde ſtipulationum quædam in dando, quædam in faciendo conſiſtere dicuntur, *l. 2. pr. hoc. tit. §. ult. inf. eod.*

Duæ proficiſcuntur actiones] Juſtinianus hoc paſſim & recte obſervat, ut ad notitiam cujusq; contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id quod ex obligatione debetur, ſi ſponte debitor non ſolvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Juſtinianus commemorat, quasque ait proficiſci ex ſtipulatione; datur & condictio triticiaria; quippe quæ ſi cauſam excipias pecuniæ numeratæ, generalis eſt, *l. 1. de cond. tritic.*

Condictio certi] Hæc communem naturam habet cum ea, quæ competit ex mutuo, cæterisque obligationibus, ex quibus certum petitur, *l. 9. l. ſi quis 24. de reb. cred.* dixi plura *ſub pr. tit. præced.*

Si certa ſit ſtipulatio] Certa ſtipulatio hic non intelligitur ea, quam certo interpoſitam eſſe conſtat de qua ambigitur: ſed certa & incerta dicitur ratione rei in ſtipulationem deductæ, quæ res ſi certa ſit, id eſt, ſi appareat ex pronunciatione, quid, quale, quantumque ſit in ſtipulatione, ſtipulatio dicitur certa: ubi autem hoc non apparet, incerta, *l. ſtipulationum 74. & l. ſeq. hoc. tit.*

Ex ſtipulatu] Hoc verbum non ſignificat cauſam generantem: nam & condictio certi ex ſtipulatione naſcitur, quod hic expreſſum eſt, & res ipſa loquitur. 2 Atque in genere etiam qui rem certam ex ſtipulatu debitam petit, recte & naturaliter dicitur ex ſtipulatu agere, *l. inter 83. §. ſi rem. 6. hoc tit. l. quod ſi 42. pro ſoc. l. 14. C. de pact. l prædia 28. de act. empt.* ſed denotat materiam, & eſt nomen actionis ſpecialis. Unde explicandum tradit Ulpian. *d. l. 24. de reb. cred.* eum qui certum ſtipulatus eſt, ex ſtipulatu actionem non habere; ſed condictione certi id perſequi debere; nimirum non habere eum actionem quæ in ſpecie & *τεχνικῶς* ex ſtipulatu dicitur, & eſt actio ex ſtipulatu incerti, *l. 4. pr. de uſur.*

Si incerta ſit] Sed inquis, an non incertitudo ſtipulationem vitiat? Sane aliquando. Intereſt enim, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut ſi quis fundum ſtipulatur non adjecto nomine, vinum aut triticum ſine deſignatione menſuræ, inſulam ædificari non demonſtrato loco; an ea certis finibus natura circumſcripta ſit, ut homo, equus, bos: illic ſtipulatio non conſiſtit. *triticum 94. cum ſeq. l. ita ſtipulatus 115. in pr. hoc. tit.* hic contra, *vid. ſup. §. ſi generaliter 22. de legat.*

Quod ſtipulatum apud veteres firmum] Eandem hujus nominis rationem reddit & Paulus *5. ſent. 7.* 3 quam & D. Hotomannus probat, & veriſſimam cenſet doctiſſimus Salmaſius *lib. de uſur. c. 6.* Varro autem lib. 4. de lingua, cui fere & Feſtus conſentit, *à ſtipe* deducit. *Stipem* autem *à ſtipando* dictam ſcribit, eo quod veteres, cum ære gravi uterentur, acceptum majorem aſſium numerum, non in arca ponebant, ſed in aliqua cella ſtipabant. Aliam hujus verbi Etymologiam apud Iſidorum *lib. 5. c. 24.* reperio,

reperio, ubi ſcribit, ſtipulationem nomen inveniſſe *à ſtipula. Veteres enim,* inquit, *quando ſibi promittebant aliquid, ſtipulam tenentes frangebant: quam iterum iungentes, agnoſcebant ſponſiones ſuas:* quod unde ſumſerit, neſcio.

Forte à ſtipite] Stipes eſt fuſtis validus terræ defixus, teſte Feſto. Durior autem videtur hæc notatio, & falſam eſſe arguit ſyllabæ quantitas in uno brevis in altero longæ. D. Hotomannus legendum putat à στιπτῷ, id eſt, denſo & ſpiſſo. Sed nihil muto, cum & Theophilus legat ἀπὸ τοῦ στελέχους, *à ſtipite.* Probabilius eſt, ſtipulum dictum ex Græco στυφελὸν & στυφλὸν, quod Grammatici exponunt στερεὸν ſive στιῤῥόν, *firmum, ſolidum. D. Salmaſ. d. loc.*

TEXTUS.

De verbis ſtipulationum.

1. *In hac olim talia verba tradita fuerunt;* Spondes? Spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. *Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua ſtipulatio concipiatur, nihil intereſt: ſcilicet ſi uterque ſtipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec neceſſe eſt eadem lingua utrumque uti, ſed ſufficit congruenter ad interrogata reſpondere. Quinetiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem poſſunt. Sed hæc ſolemnia verba olim quidem in uſu fuerunt: poſtea autem Leonina conſtitutio lata eſt, quæ ſolemnitate verborum ſublata ſenſum & conſonantem intellectum ab utraque parte ſolum deſiderat, quibuſcumque tandem verbis expreſſum eſt.*

NOTÆ.

UTRUM LATINA, AN GRAECA] *l. 1. §. ult. eod.* & ſic ſtipulatio uſu facta eſt juris gentium: quod de acceptilatione traditur, *l. 8. §. ultim. de accept.*

HAEC SOLEMNIA VERBA] Quæ etiam directa, *l. 10. C. de contr. ſtip.* civilia & legitima; quibus opponuntur vulgaria *l. 16. de fideic. lib.*

COMMENTARIUS.

1. *Ad ſubſtantiam ſtipulationis quænam adhuc requirantur.*
2. *Conſectaria aliquot inde deducta.*
3. *Ut alia lingua, quam Latina, ſtipulatio fieri poſſit à Sabino inductum videri.*
4. *Moribus hodiernis ſtipulationum & pactorum jura fere confundi.*

OLim non quævis verba vim adſtringendæ obligationis habuere, ſed ea demum, quæ ſolemnia erant & directa, atque à juriſconſultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex ſola definitione ſtipulationis intelligere licet, quæ eſt apud Pomponium *l. 5. §. 1. hoc tit.* Etſi autem ſcrupuloſa hæc verborum obſervatio à Leone poſtea ſublata eſt, *l. 10. C. eod.* 1
Illud tamen ad vim atque ſubſtantiam ſtipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente; ac proinde verba ex utraque parte interveniant; ut promittens reſpondeat congruenter interrogationi, idque ſine notabili intervallo, & animo ac propoſito contrahendæ verborum obligationis, *l. 1. pr. §. 1. & 2. l. inter. 83. § 1. l. continuus 137. hoc. tit. l. 7. §. quod fere. 12. de pact.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: ſed neque ſurdus: qui quamvis ipſe 2
loqui poteſt, alium tamen loquentem audire non poteſt, *l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act. §. mutuum 7. inf. de inut. ſtip.* Præterea & illud hinc ſequitur, ſtipulationem inter abſentes contrahi non poſſe: ſed nec poſſe in ſcriptis, licet partes præſentes ſint; quamvis ſecus ſentiat Weſembecius. Utitur ille arg. *l. optimam 14. C. hoc tit. & l. non figura 38. de obl. & action.* Verum neutra id, quod vult, probat: ſed illa hoc tantum, præſumptionem eſſe pro inſtrumento, in quo ſcriptum eſt, omnia ſolemniter eſſe acta, ſtipulationemque rite factam; *l. ſciendum 30. hoc tit. §. ſi ſcriptum 16. inf. de inut. ſtipul. §. ult. inf. de fideic.* hæc, non minus, valere, quod literis exprimitur, quam quod verbis nuncupatur. Sed ſciendum eſt, hoc toties verum eſſe, quoties verba ad conſtitutionem actus neceſſaria non ſunt: quemadmodum è converſo cum ſcriptura ad eſſentiam rei requiritur, verba interveniſſe non ſufficit, *l. contract. 17. C. de fid. inſtr.* Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari, qui ſine verbis adnuit, *l. 1. §. 2. hoc tit.* ubi hoc quoque adjicitur, adnuentem tantum nec naturaliter obligari: ſed hoc referendum eſt ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum ſubſtantiæ obligationis nequidem pro naturaliter obligato habeatur, qui adnuit tantum: Nam dubitandum non eſt; quin ſi quis interroganti ſerio adnuat, aut per literas reſpondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & reſponſionis dicemus ſub *§. præterea 5. inf. de inut.*

ſtipul. Poſtremo actus ſtipulantis & promittentis etiamnum continuus eſſe debet, *l. continuus 137. princ. hoc titul.* Cæterum non omne intervallum excluditur, ſed longiuſculum, ut veriſimile ſit, ad alia negotia diſceſſum eſſe, animumque contrahendi depoſitum. *d l. continuus hoc tit. l. 12. princ. de duob. reis,* quo loco pro verbo *prolatus,* ut hoc obiter moneam, mihi dubium non eſt, quin legendum ſit *Proculus.* His ita concurrentibus ſtipulationem contractam eſſe intelligimus, niſi ex circumſtantiis, aut iis quæ acta ſunt, probetur, non ſtipulandi, ſed paciſcendi animum partes habuiſſe, *l. 7. §. quod fere 12. de pact.*

Talia verba tradita] Neque aliis verbis ſtipulatio contrahi poterat. Itaque ſi quis, verbi cauſa, ita interrogaſſet, *Centum dare polliceris? Curabis, hoc fieri?* reſpondente altero, *Polliceor* aut *Curabo*, non contrahebatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis ſtipulationum ſcrupuloſitas, ut etiam dubitatum ſit, an valeret hæc conceptio, *Dabis? Quidni? l. 1. §. 2. h. t.*

Latina an Græca lingua] Certum eſt, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam eſt ſtipulatio, ſolemnibus formulis, ac verbis, ut tum dicebantur, legitimis, uſos fuiſſe, ac proinde non niſi
3 Latinis. Sed cum ſtipulationis magnus eſſet uſus, & plerumque aliis conventionibus, quæ quacunque lingua fieri ſolitæ erant, hæc anneꝗeretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipſa quoque quacumque lingua fieri poſſet: videturque primus Sabinus hoc induxiſſe, ut Græca lingua poſſet ſtipulatio concipi: poſtea vero ſenſim ad aliam quamvis linguam idem jus productum, *l. 1. §. ult. hoc tit.* Sic ſtipulatio uſu facta eſt juris gentium: quod & de acceptilatione traditur, *l. 8. §. ult. de acceptil.*

Solemnitate verborum ſublata] Lex verborum ſolemnes formulas in ſtipulationibus ſuſtulit, & quorumvis verborum opportunitatem admiſit, *l. 10. C. hoc tit.* Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus, poſt hanc conſtitutionem adhuc manſerunt, & in vi obligandi, notiſſima pacti & ſtipulationis differentia.
4 Mores vero hodierni pactorum & ſtipulationum jura fere confundunt: tam enim ex nudo pacto, modo ſerio & deliberato initum ſit, obligatio & actio nunc naſcitur, quam ex ſtipulatione, ſive hoc ex jure pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit, ſive ex eo, quod poſterioribus ſeculis grave viſum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cum hodie ſtipulationis non major vis ſit, quam cujuslibet pacti, nulla amplius eſt ſtipulationis neceſſitas, nec minus pacto, quam ſtipulatione & fidejuſſores conſtitui, & novatio fieri, & uſuræ promitti poterunt. Verbo tamen ſtipulandi plerumque adhuc utimur, *vid. Gomez. 2. reſol. 9. n. 3. & 11. n. 8. Gudelin. lib. 3. de jur. nov. c. 5. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 91. Grot. 3. manuduct. 1. D. Tulden. comm. hic c. 2.*

TEXTUS.

Quibus modis ſtipulatio fit. De ſtipulatione pura vel in diem.

2. *Omnis ſtipulatio aut pure, aut in diem, aut ſub conditione fit. Pure, veluti* Quinque aureos dare ſpondes? *Idque confeſtim peti poteſt. In diem, cum adjecto die, quo pecunia ſolvatur, ſtipulatio fit; veluti,* Decem aureos primis Calendis Martiis dare ſpondes? *Id autem quod in diem ſtipulamur, ſtatim quidem debetur: ſed peti prius, quam dies venerit, non poteſt: ac ne eo quidem ipſo die, in quem ſtipulatio facta eſt, peti poteſt: quia totus is dies arbitrio ſolventis tribui debet: neque enim certum eſt, eo die, in quem promiſſum eſt, datum non eſſe, priusquam is dies præterierit.*

NOTÆ.

PETI PRIUS, &c. NON POTEST] *l. 44. §. 1. de obl. & act. l. 42. h. t. l. 9. in fin. pr. de reb. cred. l. 213. de verb. ſign.* quo reſpiciens Ulp. *l. 41. §. 1. h. t.* ait diem adjectum efficere, ne præſenti die pecunia debeatur: id eſt, ne debeatur plene & efficaciter, non ita, ut & peti poſſit.

ARBITRIO SOLVENTIS] Quoniam adjectio diei pro reo eſt, *d. l. 41. §. 1.* cui ob id liberum etiam ante diem ſolvere, & vel invito creditore, *l. 50. de obl. & act. l. 70. de ſolut. l. 38. §. 16. hoc tit.* niſi forte dies creditoris gratia adjectus *l. 17. de reg. jur.* ut in *l. 15. de ann. leg. l. 17. §. 3. de uſur.*

COMMENTARIUS.

1. *Ex pura ſtipulatione quod ſtatim agi poſſe dicitur, quomodo accipiendum. & expoſitus §. ult. inf. de inutil. ſtip.*
2. *Dies incertus quando conditionem facit: & quid hic interſit inter legata & ſtipulationem.*
3. *Quid ſi apponatur dies finiendæ obligationis cauſa?*
4. *Effectus obligationis in diem, & num quod in diem debetur, ante diem recte offeratur creditori, licet accipere recuſanti.*

5. Utrum

5. *Vtrum ante diem prorſus nulla ſit actio, an ſtatim una cum obligatione ipſo jure actio naſcatur, ſed qua intentata exceptione temporali removenda ſit.*
6. *Explicatio l. 73. de verb. obl.*
7. *Formula quadam ejuſdem efficacia, & alia notatu digna.*

DIviſio ſtipulationis à diverſo contrahendi modo quæ tamen non magis ad ſtipulationem pertinet, quam ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat vel pure, vel in diem, vel ſub conditione. Quanquam in depoſito dies aut conditio adjecta nihil operetur, *l. 1. §. ſi depoſitum 41. & §. ſeq. depoſ.*

Idque confeſtim peti poteſt] Puræ ſtipulationis dies, ita noſtri loquuntur, ſtatim & cedit & venit, *l. cedere 213. de verb. ſign.* hoc eſt, id quod pure promiſſum eſt, confeſtim & debetur, & peti poteſt, *l. eum qui 41. §. 1. l. eum qui 56. qui ita 4. l. liber homo 118. §. 1. hoc tit. l. 14. de reg. jur.* Idque efficit certa juris ratio: quippe poſita pura nec impedita obligatione, actionem poni neceſſe eſt, fatendumque, jus exigendi competere, *d. l. cedere d. l. liber homo §. 1.* Puram autem ſtipulationem ex re accipimus, non ex ſolis verbis; eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacite inſit: alioqui pura ſtipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura eſt, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacite complectatur; quæ huc non pertinet, *l. interdum 73. h. t.* Non obſtat definitioni propoſitæ quod ſcriptum eſt in §. *ult. inf. de inut. ſtip. eum, qui fundum aut hominem ſtipulatus eſt, non poſſe continuo agere, niſi tantum ſpatium prætereerit, quo traditio fieri poſſit.* Hoc enim non ad jus petendi, ſed ad ejus, quod petitur, ſolutionem, & executionem obligationis, referendum eſt; ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut ſolutionem faciendam, ſed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis ſpacium, intra quod traditio commode fieri, pecunia confici & ſolutio expediri queat. Licet enim difficultas præſtandi non moretur actionem, *l. continuus 137. §. illud 4. hoc tit.* atque adeo qui decem hodie dari ſtipulatus eſt, ex ratione juris non præmature agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamſi nondum finito ſtipulationis die petat: *d. l. liber homo §. 1. eod.* quia tamen ſpatium aliquod inter contractam obligationem & ſolutionis exactionem intercedere æquum eſt, atque incivile, ſtatim cum ſacco venire creditorem; *arg. l. quod dicimus 105. de ſolut.* placet, debitori confitenti debitum, & parato ſolvere, modicum tempus ad ſolvendam pecuniam dari, nimirum id quod reis poſt condemnationem indultum eſt, ne deteriore conditione ſit, qui ultro debitum agnoſcit, quam qui negat & convictus condemnatur. *l. judicatum 16. jud. ſolv. junct. l. ſi debitori 21. de judic. Don. ad l. 41. §. 1. hoc tit. numer. 34. & ſeqq.* Cæterum DD. vulgo id judicem pro re nata, proque perſonarum & cauſæ qualitate, definire & moderari oportere ſtatuunt, *arg. l. in fraudem 45. §. fiſcalibus. 10. de jur. fiſc.* & ſane nec præciſe tempus judicati ſervare magiſtratus cogitur, *l. 2. de re judic.* ſed ex cauſa id vel arctare vel prorogare poteſt, *vid. Menoch. de arbitr. 2. cent. 1. caſ. 27.* Dura autem nimis eſt Cujacii *in d. l. 41.* & Timæi Fabri *diſp. annu. 23.* ſententia, qui nullum laxamentum concedunt.

Cum adjecto die] Stipulatio in diem eſt, quæ fit 2
adjecto die, quo pecunia ſolvatur. Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum eſt, an exiturus ſit, veluti in hac conceptione, *Dabis, cum Titius uxorem duxerit? aut cum Titius pubes factus erit? l. ſi dies 21. & l. ſeq. quand. dies leg.* Nam ſi illud duntaxat incertum, quando ſit exiturus, certum autem, exiturum eſſe; veluti ſi quis ita ſtipulatus fuerit, *Dabis, cum moriar?* aut *cum morieris?* hujuſmodi diem pro conditione non haberi, argumento eſt quod ſoluta ante diem mortis pecunia repeti non poteſt, *l. 16. cum 2. ſeqq. de cond. ind.* Equidem ſcio, in legatis hanc diſtinctionem obſervari, ut, ſi ita legetur, *Hæres meus cum morietur, decem dato*, id legatum quaſi incerto die adſcripto pro conditionali habetur, ac proinde ad hæredem legatarii vivo hærede defuncti non tranſeat. Sin vero ita, *cum ipſe legatarius morietur*, hoc quaſi poſt certum diem relictum tranſmittatur, *l. 1. §. 2. l. hæres 79. de cond. & dem. l. 4. quand. dies leg.* Sed non eſt talis legati, *Hæres meus cum morietur, Titio decem dato*, & ſtipulationis hujuſmodi, *cum morieris, decem dare ſpondes?* eadem ratio. In legato adjectio illa, *cum hæres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum ſuſpenditur: quippe quod præ moriente legatario effectum ſortiri non poteſt. In ſtipulatione vero hæc adjectio *cum morieris* nullam incertitudinem parit: nam etſi ante promiſſorem ſtipulator deceſſerit, hæredi tamen ejus debetur, *§. 4. inf. eod.* Unum etiam genus dici plane incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione, *cum petiero, dare ſpondes?* quod ex propoſito contrahentium intellectum eſt, quorum procul dubio in hujuſmodi adjectione hæc cogitatio eſt, ut ſtatim & ſine mora, ubi petitum erit, ſolvatur, non ut obligatio differat in caſum: ideoque ſi deceſſero prius, quam petiero, non videtur defeciſſe conditio, *l. ſi decem 48. h. t.* Sed nec dies certus adjectus ſimpliciter conventionem in diem facit; verum ita demum, 3
ſi adjectus ſit ſolutionis & actionis differendæ cauſa,

atque ut terminus à quo. Quod ſi apponatur dies, ut terminus ad quem, id eſt, finiendæ obligationis cauſa, puta hoc modo, *Vſque ad Calendas dare ſpondes?* aut, *Quoad vivam, dare ſpondes?* pure contracta obligatio intelligitur: cæterum petendi poſt Calendas, aut hæredi petenti obſtabit exceptio pacti aut doli mali, *l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act. l. eum qui 56. §. qui ita 4. hoc tit.* vide quæ *ſub §. ſeq.* Porro dies vel aperte adjicitur, ut in formulis uſitatis, *Calendis Martiis, proximis nundinis, poſt biennium:* vel tacite ſtipulationi, verbis alioqui puræ, ineſt, propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promiſſæ, ut in ſtipulatione operis faciendi, fructuum naſciturorum, *l. 14. l. continuus 137. §. 2. & 3. h. t. §. loca inf. eod.*

Statim quidem debetur] *L. ſtipulatio 38. §. inter. 16. l. centeſimis 46. hoc tit. l. cedere 213. de verb.*
4 *ſign.* Atque hujus præſentis obligationis intuitu hujuſmodi ſtipulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legatum, oppoſitive nimirum ad ſtipulationes & legata conditionalia, *l. 9. §. 1. de novat. l. 79. de cond. & demonſt.* Quid ergo eſt, quod Ulpianus *in l. eum qui 41. §. 1. hoc tit.* ait, *diem adjectum efficere, ne præſenti die pecunia debeatur?* nimirum verbum debendi cum effectu eo loco Juriſconſultus accepit: ut ſit ſenſus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plene & efficaciter, non ita, ut & peti poſſit: quod locus ipſe ſatis evincit. Non negat igitur Juriſconſultus, diem ſtipulationis ceſſiſſe; quod pugnaret cum manifeſta ratione juris; ſed veniſſe negat. Etſi autem diei adjecti hæc vis eſt, ut ante diem agi non poſſit: alia tamen præſentis obligationis effecta ſunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum abſolutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non poſſit: *l. 10. de cond. ind.* ut poſſit novari & conſtitui, atque ita poſſit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti poſſit, *l. 1. & l. 5. de novat. l. 3. §. ult. & l. ſeq. de pec. conſt.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore recte ſolvat, *l. quod quis 50. de obl. act. l. quod certa 70. de ſolut. l. ſtipulatio 38. §. inter 16. l. continuus 137. §. 2. hoc tit.* quod interpretandum ex *l. 9. C. de ſolut.* Nam cum diei adjectio pro re ſit, non pro ſtipulatore, *d. l. 41. §. ult. eod.* medium tempus reo liberum eſſe debet ad ſolutionem: quæ etiam ratio redditur *in d. l. ſtipulatio, & d. l. quod certa.* Et vero quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? *per vulg.* Et miror, adeo Cujacium in re tam aperta diſſenſiſſe, atque eo magis, quod ſententiæ ſuæ firmamentum petit ex *l. item 18. de pec. conſt.* qui locus etſi ſolus eſſet, illum jugularet. Nihil ſententiam Cujacii juvat *l. ſi ſoluturus 39. de ſolut.* nunquam enim obtinebitur, importunum tempus eſſe id, quod diem adjectum antecedit. Poſtea comperi, & Guiliel. Maſium diſſentire, *lib. 1. ſingul. opin. cap. 4.* cujus argumentis vel una hac reſponſione occurri poteſt, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Plane, ſi appareat diem adjectum eſſe etiam creditoris gratia, aliud dicendum eſt; veluti ſi quid certo loco dari promiſſum fuerit, *l. 2. quod cert. loc. l. qui Romæ 122. pr. hoc tit. facit. l. 15. de ann. legat. l. 17. de regul. jur. Don. in d. l. 41. §. 1. num. 47. & ſeq. D. Tulden. comm. hic cap. 12.*

Peti prius, quam dies venerit] Quod in diem debetur ſive ex ſtipulatione ſive ex alia cauſa, id ante diem peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non poſſe, innumeris locis proditum eſt, *l. certi 9. in fin. pr. de reb. cred. l. quoties 21. de oper. libert. l. 7. l. 14. quib. ex cap. in poſſ. l. cedere 213. de verb. ſign. l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act. l. 14. l. qui hoc anno 42. l. interdum 73. l. exiſtimo 98. §. 1. hoc tit. cum ſimil.* Atque hactenus quidem interpp. omnes conveniunt, quod etſi dies adjectus non impedit, quominus obligatio ſtatim oriatur, tamen efficiat, quominus ſtatim agi poſſit. 5
Cæterum non levis quæſtio eſt, agitata Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex Cyno & Saliceto *in l. un. C. ut act. ab hæred.* circa explicationem horum verborum, *agi, peti non poſſe*: utrum ſcilicet ea ſic accipienda ſint, ut nulla prorſus ante diem actio eſſe intelligatur, an vero ſic, ut ipſo quidem jure una cum obligatione protinus naſcatur actio, ſed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, æque intentata exceptione temporis & plus petitionis ſubmoveatur. Ego in hac quæſtione poſteriorem ſententiam, quæ Citramontanorum fuit, probandam cenſeo cum Salic. *in d. l. un. & Gomez. 2. reſol. 11. n. 21.* Etenim poſita cauſa obligationis proxima, præſenti videlicet obligatione, non poteſt non poni actio. Sed ſunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obſtare exceptio, *§. temporales 10. inf. de except.* At exceptio neceſſario præſupponit actionem. Qui ante diem agit, *præmature, male, & perperam* agere dicitur, *l. un. in fin. quand. dies uſ. leg. ced. l. liber homo 118. §. 1. hoc tit. l. 2. §. qui ita 6. de eo quod cert. loc. & tempore plus petere, §. ſi quis 33. inf. de action.* Qui autem nullam omnino actionem habet, ſi quid moverit, is non *male agere*, ſed *inutiliter. l. bovem 43. §. pen. de ædil. edict.* nec *plus petere*, ſed *nihil facere*, dicitur, *d. l. un. in fin.* Adhæc effectu nihil intereſſe, utrum ſtipulationi puræ factæ dies poſtea adjiciatur, an ab initio adjecto die ſtipulatio fiat, clare arguit *d. §. temporales, inf. de except.* & frigide contra diſputat Don. ad *l. 41. §. 1. numer. 41. & 2. ſeqq.* Denique ſi dies finiendæ obligationis cauſa, atque, ut loquuntur, adjectus per modum termini

mini ad quem, adveniens obligationem & actionem ipſo jure non tollit, ſed hoc tantum efficit, ut per exceptionem actio elidatur; etiam adjectus differendæ obligationis & actionis cauſa, atque ut terminus à quo, efficere non poterit, ne ſtatim obligatio & actio naſcatur; ſed hoc tantum, ut mota ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obſtat quod ajunt, contractus & obligationes pendere à voluntate contrahentium, *l. 5. C. de obl. & act.* actus agentium non operari ultra eorum intentionem, *l. non omnis 19. de reb. cred.* ut proinde, cum debitoris intentio non ſit, ut ante diem obligetur, nec creditoris, ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adjectum obligationem & actionem naſci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non poteſt quo placuit, certis modis obligationem conſtitui & finiri, inter quos non eſt tempus, *l. obligation. 44. §. 1. de obl. & act.* Deinde non hoc in propoſito agunt contrahentes, ne ſtatim naſcatur obligatio, ſed ut differatur obligationis executio. *D. Bachov. hic.* Magis obſtat *l. interdum 73. hoc tit.* ubi Juriſconſultus, propoſitis aliquot ſpeciebus ſtipulationum, quæ ex re ipſa dilationem capiunt, ſubjicit, *tunc actionem incipere, &c.* Et mox, *non ante cedere diem, &c.* An dicimus, aliud juris eſſe, cum dies tacite ineſt, aliud cum aperto adjicitur; An potius exemplorum omnium, quæ *in d. l. 73.* confuſim proponuntur, non unam eandemque eſſe rationem? Sane enim etſi ſtipulationes illic propoſitæ in eo omnes conveniunt, quod dilationem habeant, non eandem tamen habent omnes; ſed aliæ ex tacita conditione, ut ſtipulatio operarum; aliæ ex conditione & die ſimul, ut ſtipulatio fructuum futurorum; aliæ ex die duntaxat, ut quod certo loco dari promiſſum eſt: ſecundum quæ niſi prædicta illa, *actionem incipere, diem cedere,* commode explicentur, in certiſſima juris principia impingatur neceſſe eſt. Sic ergo ſentio, ex ſtipulatione in diem concepta ſtatim & obligationem naſci, & ſimul actionem quoad habitum & actum primum: ſed diem adjectum impedire ſeu ſuſpendere actum ſecundum, id eſt, exercitium actionis & operationem: breviter, ipſo jure etiam actionem competere, ſed quæ intentata ante diem ſtipulatione comprehenſum exceptione repelli poſſit. Quid interſit, actio ipſo jure non competat, an quæ competit, per exceptionem removeatur, dicemus *inf. ſub tit. de except.*

Nec eo quidem ipſo die] Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem veniſſe, non cum dies ſtipulatione comprehenſus venit; ſed cum is dies venit, qui illum ſequitur. Eſt enim is, quo primum pecunia peti poteſt: non is: in quem ſtipulatio collata, *l. cedere diem 213. de verb. ſign.*

Totum arbitrio ſolventis] Tempus adjectum pro reo, non pro ſtipulatore eſt, *l. 41. §. 1. hoc tit. l. 17. de reg. jur.* ideoque niſi partes adjecti temporis omnes præterierint, ſtipulator non recte agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc menſe dari ſtipulatus eſt, is non recte petit, niſi omnibus partibus anni vel menſis præteritis, *l. qui hoc. 42. hoc tit. §. ult. inf. de inut. ſtip.* Plane, ſi quis ita ſtipuletur, *hodie dare ſpondes?* puram eſſe hanc ſtipulationem Papinianus reſpondit: neque enim in propoſito diem differendæ actionis inſertum videri, ſed quo præſens oſtendatur eſſe reſponſum, *l. liber homo 118. §. 1. eod.* Sive autem hac formula concepta ſit ſtipulatio; *Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare ſpondes?* ſive ita, *Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas?* ſive denique hoc modo, *Poſt Calendas, poſt biennium, poſt nundinas?* non prius 7
recte peti poteſt, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterierint, ut promiſſio ſemper in tempus finitum, non cœptum referatur, *l. 13. l. 41. cum l. ſeq. l. eum qui 56. §. qui ita 5. l. 138. eod.* In diverſis temporibus longiſſimum ſequemur, ſicut in ſummis ſequimur minimum, *l. 12. eod.* Quod ſi ſimpliciter hoc modo, *Calendis Ianuariis dabis?* niſi primas accipimus, inutilis futura eſt ſtipulatio, *d. l. 41. in pr.* Qui certam ſummam in tribus terminis ſe ſoluturum promiſit, in ea cauſa à DD. habetur, ac ſi annua bimatrima die promiſiſſet, id eſt, ut univerſa ſumma in tres penſiones annuas dividatur. Sed recte prudentiſſimus D. Tuldenus hoc ita demum probandum ait, ſi per relationem aut ſaltem ex conſuetudine hoc actum appareat: alioqui judicem tempus arbitraturum habita ratione ſummæ & perſonæ promiſſoris.

TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis cauſa.

3. *At ſi ita ſtipuleris,* Decem aureos annuos quoad vivam dare ſpondes? *& pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non poteſt deberi: ſed hæres petendo pacti exceptione ſubmovebitur.*

NOTÆ.

3. Decem annuos] ſive in ſingulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, ſed multiplicandi cauſa. Eo autem omiſſo, confeſtim quidem adhuc decem peti poſſunt, ſed ſemel tantum, *l. 56. §. 4. h. t.*

Quo ad vivam] Quid ſi hoc omiſſum? Tum effectus obligationis etiam poſt mortem durabit, *l. 16. §. 1.*

l. 16. §. 1. eod. Legati autem annui ratio nonnihil diverſa *d. l. 16. §. 1. l. 4. l. 11. de ann. leg. l. 10. quand. dies leg.*

Quia ad tempus] Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi deſinit, puta ſolutione, acceptilatione, novatione, &c. nihil autem horum eſt tempus, *l. 44. §. 1. de obl. & act.*

Pacti exceptione] Vel doli mali, propter illa verba, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationi adjecta, *d. l. 56. §. 4. d. l. 44. §. 1.*

Commentarius.

1. *Quid juris, ſi quis ſtipulatur decem quoad vivet, non addito annua.*
2. *Quid ſi decem in ſingulos annos, omiſſo, quoad vivet.*
3. *Quid, cum obligatio unius ſummæ in plures penſiones dividitur.*
4. *Quibus rebus differat ſtipulatio in ſingulos annos à ſimili legato. Et qui iſtius differentiæ effectus.*
5. *Quid juris in caſu hic propoſito.*

Agitur hic de efficientia diei ſtipulationi adjecti in modum termini ad quem, id eſt, perimendæ obligationis cauſa, doceturque, ea conventione non fieri, ut aut ab initio ſuſpendatur obligatio, aut poſtea tempore ipſo jure finiatur: cæterum ſtipulatorem poſt tempus petentem pacti conventi exceptione ſummoveri. Affertur pro exemplo caſus: quo quis
1 annuum quid ſtipulatur, quoad vivet. Nos vero, ut res planior fiat, tres caſus diſtinguemus. Primus hic ſit, ſi quis ſtipuletur decem, *quoad vivet*, non addito, *annua* aut *in ſingulos annos*. In hac ſpecie reſponſum eſt, decem confeſtim recte peti, quemadmodum ſi quis usque in Calendas dari ſtipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere poteſt. Sed & obligationem perpetuari, ideoque & hæredem illius, & hunc, poſt Calendas petere poſſe: cæterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali ſubmoveri, *l. eum qui 56. § qui ita, hoc tit. l. 44. § 1. de obl. & act.* Utrum autem, qui decem, quoad ſtipulator vivet, date ſpopondit, intelligatur decem ſemel, quod Duareno *in d. l. 56.* placet, an decem annua promiſiſſe, quod Donello *ibid.* & D. Tuldeno *in comm. hic, cap. 11.* & ego quoque verius puto, (certi uſui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc quæritur, id eſt, an ſtatim ex ea ſtipulatione agi poſſit, & ſemel conſtituta perpetuetur, nihil intereſt. Alter caſus hic eſto; ſi ita ſtipulatio concepta ſit,
2 *Decem in ſingulos annos dabis?* omiſſis his verbis *quoad vivam*. Hic illud primum tenendum eſt, effectu nihil intereſſe, utrum quis decem in ſingulos annos, an decem annua, an decem quotannis aut ſingulis annis ſtipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utatur, *l. 8. §. ſi in ſingulos 23. de trans. l. 12. §. noviſſime quand. dies leg.* Deinde in hac ſtipulatione adjectionem annorum non efficere, quo minus ſtatim naſcatur obligatio & actio, *arg. hujus §. 6. fac. l. 20. quand. dies leg l. eum qui 56. §. 4. hoc tit.* ac proinde initio cujusque anni decem tanquam pure promiſſa recte peti. Ratio eſt, quia annorum adjectio non differendi, ſed multiplicandi cauſa facta intelligitur: idque ex eo apparet, quod niſi anni adjecti eſſent, intelligeremus, ſummam ſemel tantum deberi, non ſæpius. Non idem juris eſt, cum quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & ſemel: quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur; non poteſt intelligi annus adjectus, niſi obligationis differendæ cauſa, *l. qui hoc 42. hoc tit.* Aliud 3
quoque eſt, cum aperte obligatio unius ſummæ in plures penſiones dividitur: veluti ſi centum à te ſtipulatus ſim, & convenerit inter nos, ut eam diviſis trium annorum penſionibus præſtares, hic primi anni penſio non niſi finito primo anno peti poteſt, eademque ratio eſt ſequentium, *l. lecta 40. de reb. cred. l. 3. de ann. legat. l. ſi cui 49. de legat. 1.* Poſtremo annuam ſtipulationem unam eſſe & perpetuam, ita ut ad hæredes quoque obligatio transmittatur, *l. 16. §. 1. hoc tit. argum. l. 13. C. eod. Moller. 5. ſemeſtr. 48.* quamvis id negat Bart. *arg. l. ſancimus 34. §. ult. verſic. ſin autem. C. de donat.* Nam, ut bene obſervaverunt Contius & Cujacius, in eo verſiculo corrupte legitur, *vel adjiciatur tempus vitæ*; eo enim modo ſi legas, pugnabit ex diametro d. verſiculus cum principio §. itaque omnino legendum *vel non adjiciatur*, ut Græci *lib. 47. βασιλικῶν.* Multum ergo differt ſtipulatio in ſingulos annos à ſimili legato. Legatum annuum multiplex eſt, *l. 10.* 4
quand. dies leg. l. 11. de ann. legat. neque infinitum tempus habet, ſed morte legatarii finitur, *l. 4. d. tit. l. 16. §. 1. hoc tit.* Sic enim jus eſt, cum annuum aut in annos ſingulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto poſt mortem teſtatoris legatario, ad hæredem ejus legatum illius anni tranſeat, ſequentium vero annorum legata conditionalia exiſtimentur, iisque ineſſe videatur hæc conditio, ſi legatarius vivet, ejusque tantum anni legatum transmittatur quo legatarius vixit, *l. 4. l. 8. de ann. legat.* Unde etiam illud eſt, quod per ſingula legata excutitur perſona legatarii, an jus capiendi habeat, *l. 11. d. tit.* Diverſa omnia in ſtipulatione annua. Hæc una eſt, *d. l. 16. §. 1. hoc tit.* ut tamen ſi plurium penſionum diverſis temporibus exigendarum & præſtandarum, *l. ſi à colono 68. de fidejuſſ.* Hinc fit, ut conditio ſtipulatoris ſemel tantum & initio contractus inſpiciatur *l. ſenatus 35. §. ult. de mort. ca. don. l. ſi filiusfamil. 78. hoc. tit.*

Cujus

Cujus differentiæ hic effectus, ut ſi verbi cauſa ſervus, cui annuum legatum eſt, primo aut altero anno poſt mortem teſtatoris conſequatur libertatem, ſequentium annorum legata ſibi acquirat, *l. 12. §. 2. quand. dies leg.* quod ſecus eſſe dicemus in annua ſtipulatione, *d. l. ſi filiusfam. & d. l. ſenatus, §. ult.* Poſtremo, ut jam diximus, ſtipulatio in annos ſingulos perpetua eſt, nec morte ſtipulatoris finitur, *d. l. 16. §. 1. hoc tit.* Cur tam varie. Nimirum quia teſtator in legato annuo, etſi non adjecerit, *quoad vivet legatarius,* ſoli tamen legatario conſulere voluiſſe creditur, non hæredi ejus. Præſumptio ex eo, quoniam legata vel ob meritum perſonæ legatarii, vel ob teſtatoris erga eum benevolentiam relinqui ſolent, *l. 9. cum ſeq. pro ſoc.* quorum neutrum in hæredem legatarii, utpote quem teſtator non novit, cadere poteſt. At in conventionibus pro communi hominum affectu ea mens & cogitatio contrahentium eſſe putatur, ut qui ſibi cavet, etiam hæredibus cautum velle intelligatur, niſi contrarium probetur, *l. 9. de probat.* Plane, ſi cauſa obligationis cohæreat perſonæ ſtipulatoris, veluti ſi quid annui in alimenta alicui promiſſum fuerit, aut ſi medicus certam ſummam annuam ſtipuletur, *l. 10. §. 1. de ann.* dicendum eſt, tali ſtipulatione perſonam hæredis non contineri, ideoque ſi petat, doli mali exceptione poſſe ſubmoveri. Tertius & poſtremus caſus ſit, qui hic proponitur, ſi quis ſtipuletur, decem annua, *quoad vivet,* ſibi dari. Juſtinianus expreſſe ait hoc caſu obligationem pure factam intelligi, atque etiam perpetuati, quoniam ad diem obligatio conſtitui non poteſt. Quamobrem, quod proprium eſt puræ obligationis, ex hac ſtipulatione ſimiliter, ut ex ſuperiore, confeſtim ſeu initio cujusque anni recte agetur, nec morte ſtipulatoris finietur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem caſum intereſt, quod hic hæredes ſtipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illa, *quoad vivam,* quæ finiendæ obligationis cauſa adjecta eſſe conſtat; *l. eum qui 56. §. 4. hoc tit. l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act.* illic obligationis effectus etiam poſt mortem duret, *l. 16. §. 1. hoc tit.*

TEXTUS.

De conditione.

5 4. *Sub conditione ſtipulatio fit, cum in aliquem caſum differtur obligatio, ut ſi aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur ſtipulatio. Veluti,* Si Titius conſul fuerit factus, quinque aureos dare ſpondes? *Si quis ita ſtipuletur,* Si in Capitolium non adſcendero, dare ſpondes? *perinde erit, ac ſi ſtipulatus eſſet, cum moreretur, ſibi dari. Ex conditionali ſtipulatione tantum ſpes eſt debitum iri: eamque ipſam ſpem in hæredem transmittimus, ſi prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.*

NOTÆ.

Perinde ac si cum moreretur] In eo utraque hæc ſtipulatio convenit, quod ex neutra ante mortem agi poteſt: cæterum illa, *Si in Capitolium non adſcendero,* conditionalis eſt, & obligationem differt: altera vero, *cum moriar,* in diem, quæ non differt obligationem, *l. 17. & ſeq. de cond. ind.*

In haeredem transmittimus] Ut exiſtente poſtea conditione etiam hæres ſtipulatoris agere poſſit, *l. 59. h. t.* fac. *l. 8. de per. & commod. rei vend.* Non idem eſt in conditionalibus legatis *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg.* Cur tam varie? Quia ſtipulationes etiam conditionales ex præſenti vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in ſuſpenſo ſit, *l. 26. de ſtip. ſerv. l. 144. §. 1. de reg. jur.* Legata autem demum cum deberi incipiunt, *d. l. 4. & 5. l. un. §. 7. C. de cad. toll.* Unde & aliæ differentiæ, de quibus in *l. 42. de obl. & act. l. 27. qui & à quib. man. l. 78. h. t. l. 18. de reg. jur.*

Commentarius.

1. *Quid ſit conditio & quotuplex: tum quæ conditiones inutilem ſtipulationem ab initio faciant.*
2. *Etiam promiſſiones, quibus tacite conditio ineſt, pro conditionalibus eſſe.*
3. *In conditionibus arbitrariis quid juris.*
4. *De cautione Muciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus.*
5. *Pendente conditione nihil dum deberi: & quæ inde conſequentia.*
6. *Inſigne diſcrimen circa ſtipulationes & legata conditionalia.*
7. *An id diſcrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias.*

Hactenus dictum de ſtipulatione pura, & ea, quæ fit in diem: ſequitur ea, quæ fit ſub conditione.

Conditio, ut alibi quoq; definivimus, eſt adjectio, qua id quod dari aut fieri volumus, confertur in aliquem caſum; ad quem modum etiam hic definitur.

Itaque

Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & caſus, ſive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales ſunt, quæ ad præſens aut præteritum tempus referuntur, *§. pen. inf. eod.* & quas certum eſt omnimodo exstituras eſſe; veluti ſi ſtipuler mihi dari, *ſi morieris; ſi Calendis ſol orietur, l. 18. de cond. ind. l. heres 79. de cond. & dem. l. 9. §. 1. de novat.* pro conditionibus non ſunt habendæ. Enimvero quicquid adjectum rem in incertum eventum differt, id ſive arbitrarium eſt, ſive fortuitum, ſive mixtum ex utroque, ſtipulationem facit conditionalem, *l. centeſimis 46. § 2. l. quicquid 99. §. 1. l. à Titio 108. l. ita ſtipulatus 115. § 1. & 2. hoc. tit. l. 2. l. 7. de cond. & dem.* Atque hinc nata diſtinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam ſint caſuales, quæ ſcilicet à ſolo caſu dependent, veluti. *Si Titius conſul factus fuerit, vel non fuerit.* Quædam poteſtativæ, quarum impletio in poteſtate reorum eſt, ut, *Si Capitolium adſcenderis, vel non adſcenderis.* Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut, *Si Maviam uxorem duxeris.* Duæ omnino conditiones ſunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impoſſibilis in faciendum concepta, *l. 7. hoc tit. § impoſſibilis. inf. de inut. ſtip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi aperte collata eſt, *l. 17. d. l. 46 §. ult d. l. 108. § ult. hoc. tit. l. 8. de obl & act. l. 13. C. de cont. empt.*

2 *Cum in caſum differtur obligatio*] Atque ideo exiſtente demum caſu, in quem dilata eſt, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, *l. cedere 213. de verb. ſign.* Differtur autem obligatio in caſum non tantum conditione conventionis expreſſa, ut in exemplis hic propoſitis; ſed etiam intellecta ſeu tacite comprehenſa. Quod ex rebus ipſis intelligitur. Puta vel ex incerto tempore, veluti ſi dies incertus ſtipulationi adjectus fuerit, qui an extiturus ſit, ignoretur, de quo dictum § 2. vel ex demonſtratione rei promiſſæ in futurum collata. Ut in hac conceptione, *Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare ſpondes? l. 6. de legat. 1. l. nuper 85. de legat. 3.* item in hac, *quod patrem meum debere conſtiterit, dare ſpondes? l. qui Romæ 112. §. Aggerius 4. hoc. tit.* vel ex rei promiſſæ natura. Veluti cum promittitur res, quæ nondum eſt in rerum natura; utrum autem futura ſit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis eſt promiſſio fructuum, qui in fundo naſcentur, *l. interdum 73. hoc. tit.* item promiſſio dotis, cui ineſt hæc conditio, ſi nuptiæ ſequantur, *l. 21. de jur. dot.* Itaque has etiam conventiones, & ſi quæ ſunt ſimiles, ſciamus conditionales eſſe.

Committatur ſtipulatio] Committi ſtipulatio dicitur exiſtente conditione, ſub qua ſtipulatio facta eſt, ut jam ex ea agi poſſit, *l. ita ſtipulatus 115. §. 1. & 2. l. qui Romæ 112. §. Aggerius 4. h. t.*

Si in Capitolium non adſcendere] Juriſconſulti cum de conditionibus tractant, creberrime his exemplis utuntur, *Si in Capitolium adſcenderis*, aut, *Si in Capitolium non adſcenderis.* Quod ex conſuetudine Romanorum fluxit, quia precaturi aut ſacra facturi una cum Pontifice in ſacram arcem ſcandebant. Horat. 3. *carm. ad Melpomenen.*

Non omnis moriar, multaque pars mei
Vitabit Libitinam. Uſque ego poſtera
Creſcam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine pontifex.

Tacit. *lib. 14. Exin Capitolium ſcandunt, Deosque tandem venerantur.* Plin. *in paneg. Tibi adſcendenti de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi occurrit.* Plura hujusmodi in veterum ſcriptis obſervavit D. *Duar. 1. diſp. 15.*

Ac ſi ſtipulatus, cum moreretur] In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo ſunt conceptæ expectatur donec certum atque exploratum ſit, fieri amplius non poſſe. Ut ecce, ſi hoc modo ſtipulatus fuero. *Si intra biennium Capitolium non adſcenderis, dari ſpondes?* non niſi præterito biennio recte petant. *l. quicquid 99. § 1. hoc. tit.* Idem eſt, ſi conditio in dando poſita ſit, dummodo ſtipulatio à conditione incipiat. Veluti ſit ita cautum, *Si Pamphilum non dederis, tantum dari ſpondes?* nam & hic reſponſum eſt, non ante committi ſtipulationem, quam ſi Pamphilus deſiiſſet poſſe dari, *l. ita ſtipulatus 115. §. 2. eod.* Dixi, ſi ſtipulatio dandi à conditione cœpit: nã ſi non à conditione, ſed ab alia pactione cœperit, veluti ſi ita fuerit concepta, *Pamphilum dari ſpondes? ſi Pamphilum non dederis, tantum dari ſpondes?* committitur ſtipulatio ſimul ac debitor interpellatus facere potuit neque fecit, *d. l. 115. §. 2.* His conſequens eſt, ſi ſimpliciter ſic fuerit concepta ſtipulatio, *Dabis, ſi in Capitolium non adſcenderis?* poſt mortem demum rei promittendi ſtipulationem committi; quandoquidem tum demum certum eſſe cœpit, in Capitolium eum adſcendere non poſſe, *d. l. 115. § 1.* Quod ſi conditio non faciendi in perſonam rei ſtipulandi collata fuerit, ut in exemplo hic propoſito illius mors expectanda erit. Et itaque illo caſu hæres promiſſoris demum conveniri potuerit, hoc demum agere hæres ſtipulatoris. In legatis ſub conditione non faciendi collata in poteſtatem legatarii aliud ſervatur, placetq; deſiderante legatario ſtatim repræſentari legatum, dum is caveat, nihil ſe ejus facturum, quod teſtator fieri noluit; ſi contra fecerit, rem una cum fructibus reſtituturum: quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa & compoſita eſt, Muciana dicta, *l. 7. l. 18. l. heres 79. §. 2. de cond. & dem.* Quæ vero ratio eſt, quod hæc cautio in 4

legatis

legatis & hæreditatibus admiſſa, in contractibus non item? nimirum quia voluntati teſtatoris ſatis fieri intelligitur; modo ne peccetur contra conditionem, quod ſolum teſtatorem creditur ſpectaſſe. In ſtipulationibus autem ſine injuria promiſſoris admitti non potuit. Nam qui promittit ſub hujuſmodi conditione, *ſi in Capitolium non adſcendero* ſatis aperte hoc agit, ut ne ipſe unquam conveniatur, ſed demum ipſius hæres: & eadem conditione in perſonam ſtipulatoris collata, ne ſtipulator unquam petere poſſit, ſed, illo mortuo hæres ejus: & alias quoque in ambiguo ſecundum promiſſorem interpretatio fit, & ſtipulatori imputatur, quod non apertius ſtipulationem conceperit, *l. quicquid 99. hoc tit.* Aliam rationem reddit Ant. Fab. 2. *conj.* 16. quod niſi hæc cautio inventa eſſet, legata ſub conditione non faciendi, interciderent; quam & olim Porcius attulit, & ſolidiorem eſſe nonnulli exiſtimant. Sed hæc ratio in hæreditatibus valere poteſt; in legatis falſa eſt: quippe cum, ut ad hæredem legatum transferatur, ſufficiat moriente legatario diem legati cedere, *l. ult. de cond. inſt. Gomez. 2. reſol. 11. n. 37. Cujac. 14. obſ. 22.*

Ac ſi cum moreretur] Hoc magna indiget cautione. Nam ſimilitudo harum cautionum. *Si Capitolium non adſcendere, dare ſpondes?* &, *Dabis, cum moriar?* in eo duntaxat conſiſtit, quod ex neutra cum promiſſore agi poteſt ante mortem ſtipulatoris: cætera ſunt diſſimiles. Quippe prior illa conditionalis eſt; non actionem tantum, ſed etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua licet ante diem non recte agatur, præſens tamen obligatio eſt, *l. nam ſi 17. cum l. ſeq. de cond. ind.*

Tantum ſpes eſt debitum iri] Vis conditionis omnis hæc eſt, ut pendente ea nihil dum debeatur, ea impleta perinde habeatur, ac ſi ab initio pure debitum fuiſſet; deficiente, quaſi nulla unquam fuiſſet, obligatio, *l. 16. de cond. ind. l. 26 de cond. inſt. 5. §. 2. quand. dies leg. l. cedere 213. de verb. obl. l. 8. de per. & com. rei vend. l. 11. §. 1. qui pot. in pignor.* Cum itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata ſit, conſequens eſt id, quod ſub conditione debetur, ante eventum conditionis non recte ſolvi, ac proinde ſi pendente conditione ſolutum ſit, repeti poſſe, *d. l. 16. l. 18. l. qui promiſit 48. de cond. ind. l. ſtipulatio 38. §. interdum 16. hoc tit.* eademque ratione nec novari potuit, aut conſtitui, niſi hac lege, ut eadem conditio expectetur *l. 14. §. 1. de novat. l. id quod 19. de pec. conſt.* Hinc intelligitur, quantum interſit inter ſtipulationem in diem, & conditionalem.

Eamque ſpem in hæredem transmittimus] Si pendente conditione aut ſtipulatori aut promiſſori quid humanitus contingat, nihilominus in ſuſpenſo manet obligatio, atque exiſtente poſtea conditione ſtipulatio committitur, ut aut hæres ſtipulatoris agere, aut hæres promiſſoris conveniri poſſit, *§. pen. inſ. de inut. ſtip. l. ſi quis 57. hoc tit. l. in quantitate 73. §. 1. ad leg. Falc. fac. l. 8. de per. & commod.* Non obſtat regula juris veteris, quæ vetabat obligationem ab hærede aut contra hæredem incipere. Nam condi- 6
tio exiſtens retrotrahitur ad tempus contractus; hoc eſt, ubi ſemel extitit conditio, perinde habetur, ac ſi ab initio ſine conditione obligatio contracta fuiſſet, *l. 11. §. 1. qui pot. in pign. d. l. 8. de peric. & comm.* Cur ergo diverſum jus ſequimur in conditionalibus legatis, placetque mortuo ante eventum conditionis legatario ad hæredem ejus nec ſpem ullam transmitti; *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. un. §. ſin autem 7. C. de cad. toll.* Cur, inquam, cum tam ex cauſa legati conditionalis, quam ex ſimili ſtipulatione, ſpes ſit debitum iri, non æque ſpes illa transmittitur in hæredem legatarii, atque in hæredem ſtipulatoris? Nimirum ideo, quia cum, beneficia ſuprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob cauſam ſolent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, *l. 9 pro ſoc.* exiſtimandum eſt teſtatorem in legando perſonam tantum legatarii cogitaſſe, eique ſoli, non etiam hæredi ejus, qui incertus eſt, beneficium conferri voluiſſe. At in pactis & contractibus non tam ad perſonas paciſcentium, quam ad rem familiarem reſpicitur, crediturque quiſque eo animo eſſe, ut non tantum ſibi, verum etiam hæredibus ſuis proſpectum velit, *l. 9. de probat. add. Gomez. 2. reſol. 11. num. 12. D. Tulden. comm. hic, cap. 7.* Adhæc contractus etſi conditionalis eſt, tamen ex præſenti vires accipit, *l. 26. de ſtip. ſerv.* argumento eſt, quod jam ab initio hactenus perſonas contrahentium adſtringit, ut alteri, invito altero, non liceat ab eo recedere, *l. 5. C. de obl. & act.* Unde quoque eſt, quod eum, qui ſub conditione ſtipulatus eſt, etiam pendente ea placet creditorum numero in quibusdam cauſis haberi, *l. 10. l. conditionales 54. de verb. ſign. l. 4. de reb. auct. jud. poſſ. l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. qui pot. in pign. l. filiusfam. 78. hoc tit. l. 16. de ſolut.* in quo item diſſimilis cauſa eſt ejus, cui ſub conditione legatum eſt, *l. is cui 42. de obl. & act.* Cujac. in *d. l. 10. de verb. ſign.* Enim- 7
vero quod hic ſimpliciter traditum eſt, ex conditionali ſtipulatione quæ ſpes eſt debitum iri, eam ad hæredem ſtipulatoris transmitti, id plerique opinantur ad eas duntaxat conditiones pertinere, quæ à caſu pendent; arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus poteſtatem collatæ ſunt, *argum. l. qui hæredi 44. l. ſi expreſſum 69. l. à teſtare 109. de cond. & dem. l. ſi ita 65. §. 1. de legat. 1. Gail. 2. obſ. 2.* Verum ego putarem, in contractibus diſtinguendum eſſe inter ipſas conditiones arbitrarias, ut ſiquidem factū contineant cohærens perſonæ, aut alias in apponen-

ponendo perſona ſolummodo ſpectata ſit, earum implendarum jus ad hæredem non tranſeat. At ſi talis ſit conditio, quæ eodem modo ab hærede impleri poſſit, puta ſi in dando conſiſtat, hic quia non videtur perſona operave perſonæ ſpectata, dicam, jus implendæ conditionis, licet arbitrariæ, ad hæredem ſtipulatoris transmitti. Nam cum hujuscemodi conditio per quemvis alium noſtro nomine impleri poſſit, cur non & per hæredem poſſit, qui eadem perſona cum defuncto habetur? *l. ult. de cond. inſt. fac. l. diem 27. §. 1. de recept. arb. l. ſi prædio 15. de in diem addict. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 2. Cod. de pact. int. empt. vid. Duar. in Scævol. num. 14. & ſeqq. Cujac. in l. ſi quis 57. hoc tit. D. Tulden. comm. hic cap. 9.*

TEXTUS.

De loco.

5. *Loca etiam inſeri ſtipulationi ſolent, veluti,* Carthagini dare ſpondes? *Quæ ſtipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipſa habet tempus adjectum, quo promiſſor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo ſi quis Romæ ita ſtipuletur,* hodie Carthagini dare ſpondes? *inutilis erit ſtipulatio, cum impoſſibilis ſit repromiſſio.*

NOTA.

Impossibilis repromissio] Gajus tamen *l. ult. §. 4. h. t.* caſum proponit, quo etiam talis ſtipulatio utilis eſſe poteſt.

Commentarius.

Hujus tituli §. 2. cum de ſtipulatione in diem ageremus, diximus, eſſe quaſdam ſtipulationes, quæ licet verborum figura puræ ſint, tamen ad ſtipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacite tempus complectantur, atque ex re ipſa dilationem habeant: cujus generis etiam ea eſt, de qua hic agitur, cum locus ſtipulationi inſertus eſt.

Re ipſa dilationem habet] Cum ſtipularnur quid dari certo loco, puta Carthagini aut Epheſi, ſtipulatio verbis pura ex re ipſa dilationem capit: ineſt enim tacite tempus, quo Carthaginem aut Epheſum perveniri poſſit: nam alioqui præſtatio fit impoſſibilis, *l. eum qui 41. §. 1. l. interdum 73. l. continuus 137. §. 2. hoc tit. l. 2. §. qui ita 6. quod cert. loc.* Quodnam vero tempus hic accipi oporteat, eleganter nos docet Venulejus *d. l. continuus, §. 2.* nimirum totam eam rem ad judicem, id eſt, virum bonum, remittendam eſſe, qui æſtimet, habita ratione temporis ϖερὶ τὸ τῆς ἰδίας ἀξίωμα ætatis, ſexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfam. conficere poſſit, quod facturum ſe promiſit.

Si quis Romæ, &c.] Si quis Romæ ſtipuletur, *Hodie Carthagini dari*, inutilem eſſe ſtipulationem placet, *d. l. 2. §. qui ita, quod cert. loc.* optima ratione, quia tali ſtipulatione cauſa impoſſibilis continetur. Neque enim qui Romæ eſt, intra unum diem poteſt Carthaginem pervenire: niſi vero eo pervenerit, Carthagine dare non poteſt. Igitur Impoſſibilitas præſtationis inutilem in caſu propoſito ſtipulationem facit, perinde ac ſi impoſſibilis conditio adjecta ſit, cujus adjectione ſtipulationem cæterosque contractus vitiari conſtat, *non ſolum 31. de obl. & act. l. 7. hoc tit. §. ſi impoſſibilis, inf. de inut. ſtip.* Diverſo jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet conditionem impoſſibilem, aut ſpatium temporis ad dandum impoſſibile, pro non adjecta haberi, *l. 1. l. 6. de cond. inſt. l. 3. cond. & dem. l. 12. §. 1. de legat. 1.* Diverſitatis ratio alibi à nobis indicabitur, *d. § ſi impoſſibilis.* Gajus *l. ult. §. ſi ita, hoc tit.* caſum proponit, quo etiam ſtipulatio hæc Romæ facta, *Hodie Carthagine dare ſpondes?* valere poteſt, nempe ſi tam ſtipulator, quam promiſſor ante aliquod tempus ſuo quisque diſpenſatori notum fecerit, in eum diem futuram ſtipulationem, addito mandato ut alter daret, alter acciperet.

TEXTUS.

De conditione ad tempus præſens vel præteritum relata.

6. *Conditiones, quæ ad præſens vel præteritum tempus referuntur, aut ſtatim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti,* Si Titius conſul fuit: *vel* Si Mævius vivit, dare ſpondes? *Nam ſi ea ita non ſunt, nihil valet ſtipulatio: ſin autem ita ſe habent, ſtatim valet. Quæ enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint.*

NOTÆ.

6. Ad praesens vel praeterit. tempus] Conditiones ad præſens vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non ſunt, ſed tantum κατὰ τὸ λέγε-

λέγεσαι & figura verborum, *l. 37. & 39. de reb. cred. l. 120. h. t.*

Nihil valet stipulatio] Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit, *ſtatim infirmant obligationem.*

Licet apud nos incerta] Dummodo jam ſint aut præterierint; ut ſi non à nobis, ſaltem ab aliis ſciantur, *l. 38. de reb. cred.* Nam in futuris, quæ & ipſa in rerum natura certa ſunt, non rerum naturam, ſed noſtram intuemur inſcitiam, *l. 21. §. ult. de judic.* quia futura nulli mortalium cognita Demoſth. *orat. de Rhod. lib.* ἄδηλον τὸ μέλλον ἅπασιν ἀνθρώποις.

Commentarius.

In futuris inſcientiam noſtram inſpici, non rerum naturam; in præſentibus & præteritis contra.

Conditionis proprium eſt, rem in aliquem caſum, id eſt, in incertum eventum differre, *§. 4. ſup.* Id autem fit, cum oratio in futurum confertur, non cum in tempus præſens aut præteritum; nam futura tantum incerta ſunt; præſentia & præterita certa, etſi contrahentes varietatem ignorent. Et ideo placuit, ſermonem ad præſens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere; veluti, ſi quis dixerit, *Si Rex Parthorum vivit, Si Cæſar victoria potitus eſt.* Sed in propoſito aut ſtatim obligationem perimi, aut omnino non differri. Perimi, ſi ita non ſit, ſi Rex Parthorum non vivit, Cæſar non vicit: non differri, ſi ita ſit, *l. conditio 100. l. ſi ita 120. h. t. l. cum ad 37. cum 2. ſeqq. de reb. cred.*

Conditiones, quæ ad præſens] Hæ orationes, *Si Titius conſul factus, Si Mævius vivit*, & ſimiles, quæ ad præteritum aut præſens tempus referuntur, vi & poteſtate conditiones non ſunt; quoniam obligationem non differunt, ſed efficiunt, ut ſtatim aut nihil debeatur, aut pure debeatur: nihil, ſi falſæ; pure, ſi veræ. Pugnant autem, pure deberi, & ſub conditione. Appellantur tamen & ipſæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales ſunt, ut ſignificatur *in l. Cornelius 69. de her. inſt. l. itaque 39. de reb. cred.* Licebit itaque hic uti eadem diſtinctione, qua Logici utuntur in relatis, ut dicamus, eſſe quasdam conditiones ſecundum eſſe, quæ ſcilicet vere tales ſunt, & obligationem ſuſpendunt, cujusmodi ſunt, quæ in futurum conferuntur; quasdam ſecundum dici, quæ figuram duntaxat conditionis habeant, vim & poteſtatem non obtinent, quales ſunt, quæ ad præſens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum eſt extituras eſſe, veluti ſi quis ſtipuletur ſibi dari, *Si Titius morietur. l. 9. §. 1. de novat. l. 17. cum ſeq. de cond. ind.*

Aut ſtatim infirmant obligationem] Modeſtin. *l. conditio 100. perimunt.* Quod abuſive dici conſtat. Nam ſi rem ſpectamus, falſum, id eſt, cum obligatio perimi non poſſit, quæ nulla eſt. Sed cum ignorantiam noſtram ſpectamus, videtur obligatio ſuſpendi, quia apud nos in ſuſpenſo eſt, utrum conditio extiterit, nec ne; cujus ipſius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cum apud nos certum eſſe incipit, conditionem eſſe falſam.

Nihil valet ſtipulatio] Quod modo dixit, ſtatim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum ſit, ex his verbis intelligitur, nimirum ſi hæc conditio, *Si Mævius vivit*, falſa ſit, ſtatim nihil valere ſtipulationem, ſeu obligationem non tenere, *l. 37. de reb. cred.*

Quæ per rerum naturam certa ſunt] Dummodo jam ſint aut præterierint, ut etiam ab hominibus, licet non omnibus, ſciantur, *l. reſpiciendum 38. de reb. cred.* Unde apparet, non recte cum caſu hic propoſito comparari caſum *l. ſed etſi 28. § ult. de judic. & l. 3. ſi part. her. pet.* Nam quod in utero eſt, adhuc futurum eſt, ac nemo hominum ſcire poteſt, unusne, an plures, & quot in utero ſint, & an naſcituri ſint: ut merito in eo inſcientiam noſtram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alioqui etiam certa, quæ futura ſunt, *d. l. 28. §. ult. de judic.* quanquam in ſpecie illic propoſita variaſſe Juriſconſultos, conſtat ex *l. cum quidam 30. §. ſuum 6. de acq. her.* & diſtingui etiam poteſt inter obligationem ſeu jus petitoris, quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione eſt, ſolum pendet, de quo hic quæritur; & petitionem, quæ in judicio inſtituitur, & probationem etiam ejus, quod accidiſſe dicimus, deſiderat, de qua agitur *in d. l. 28. §. ult. de judic.* Nam & in terminis hujus §. ſi ad judicem itum fuerit, quamdiu is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne, ſententiam ſecundum petitorem aut promiſſorem ferre non poterit, licet per ſe verum ſit & certum, valere aut non valere ſtipulationem. Nec tamen ideo Hotomanno aſſentior, qui putat, hujuscemodi ſtipulationem, *Si Mævius vivit, dare ſpondes?* quamvis id per ſe verum ſit, non pro pura habendam eſſe, ſed pro concepta in diem. Puram enim eam eſſe oſtendit hic locus. & *l. conditio 100. hoc tit.* ſiquidem pura dicenda eſt, quæ obligationem omnino non differt, id eſt, cujus dies & ceſſit & venit, *l. cedere diem, de verb. ſign.* ac proinde ſi ſtipulator ſtatim ex tali ſtipulatione agat, non repelletur exceptione, nec cauſa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quaſi perperam agat, & plus tempore petat: ſed petenti terminus ad probandum à judice dabitur, ut recte *Io. Faber. hic.*

TEXTUS.

Quæ in ſtipulatum deducuntur.

7. *Non ſolum res in ſtipulatum deduci poſſunt, ſed etiam facta; ut ſi ſtipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi ſtipulationibus optimum erit pœnam ſubjicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit. Itaque ſi quis, ut fiat aliquid, ſtipuletur, ita adjici pœna debet,* Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes? *Sed ſi quædam fieri quædam non fieri, una eademque conceptione ſtipuletur quis, clauſula hujusmodi erit adjicienda.* Si adverſus ea factum erit, ſive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes?

NOTÆ.

7. SED ETIAM FACTA] *l. 2. pr. eod.* In facto conſiſtere ſtipulatio dicitur, non tantum cum quid fieri cavetur, ſed etiam cum non fieri, *d. l. 2. §. pen.* quanquam interdum diſtinguuntur, *l. 75. §. 7. eod.* Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promiſſum eſt, *l. 14. l. 72. l. 84. eod.* hæc, ſi quid factum ſit contra quam cautum fuit, *d. l. 2 §. pen. l. 4 eod.*

OPTIMUM ERIT] Quia difficilis eſt incertæ rei æſtimatio. Sen. 3. *de ben. 6.*

NE QUANTITAS STIPULATIONIS IN INCERTO] Cum quid fieri ſtipulamur, incertum ſtipulamur, *d. l. 75. § 7.* Ratio eſt, quia id in ſtipulationem venit, quod ſtipulatoris intereſt, *l. 68. l. 72. eod. l. 13. in fin. de re jud.* hoc autem eſt incertum, quoniam non in jure, ſed in facto conſiſtit, *l. 24. de reg. jur.* utpote continens id, quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus, *l. 13. rat. rem. hab.* quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurri poteſt ſubjecta ſtipulatione pœnæ, *l. ult. de ſtip. præt.*

COMMENTARIUS.

1. *Cum quid fieri ſtipulamur, cur incertum ſtipulari videamur.*
2. *In facti obligatione nunquam factum ita verſari, ut peti poſſit, ſed id quod intereſt duntaxat.*
3. *Facta hic intelligenda nuda & ſimplicia, non quæ in rei alicujus præſtatione conſiſtunt: tum quid hic juris hodie.*
4. *Id quod intereſt, incertum eſſe, & qua ratione.*
5. *Pœna ſtipulatione incertitudini obligationis occurri.*
6. *An per ſubjectam pœnalem ſtipulationem præcedens novetur obligatio.*

INſignis hic locus eſt propter ſtipulationes & obligationes faciendi. Non res tantum, ſed etiam facta in ſtipulationem deduci poſſe conſtat: unde quædam ſti[illegible]nes in dando, quædam in faciendo conſiſtere dicuntur, *l. 2. hoc tit.* Cum quid fieri ſti- 1
pulamur, incertum ſtipulari videmur, *l. ubi 75. §. qui 7. eod.* non utique ob id tantum, quod priusquam quid fiat, incertum eſt, an fiat, aut ſi fit; incertum quale ſit: ſed multo magis, quia ſi promiſſor non faciat, per moram tacita quædam poteſtate juris inducitur novatio & obligatio in id quod intereſt, cujus quantitas eſt incerta, *l. ſi pœnam 68. eod.* & ideo utile eſt, ſtipulationi faciendi pœnam ſubjicere: quod hic monet Juſtinianus, & Venulejus *l. ult. de præt. ſtip.* Sed quoniam in hunc locum incidimus, age paulo plenius eum explicemus. In obligationibus 2
faciendi ita jus eſt, ut licet ab initio & quamdiu fieri poteſt, quod promiſſum eſt, factum in obligatione verſetur, unde etiam obligatio faciendi dicta; tamen nunquam ita, ut id peti poſſit: quippe ex ſtipulatione faciendi placet non ante agi poſſe, quam tempus illud præterierit, intra quod fieri debuit, & potuit; quod promiſſum eſt: ſed eatenus tantum, ut promiſſor præſtando quod promiſit, liberetur. Poſtquam autem tranſiit tempus, intra quod fieri poterat quod promiſſum eſt, exinde contineri incipit, ſolidumque deberi, id quod intereſt, *l. 14. l. ſtipulationes 72. l. ſi inſulam 84 l. ſi quis 112. §. ult. hoc tit. l. 13. in fin. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum conteſtata eſt, placeat promiſſorem, paratum præſtare quod promiſit, adhuc audiendum eſſe, & faciendo liberari, *d. l. ſi inſulam,* nam hic etiam locum habet quod de emendatione moræ à Celſo adoleſcente ſcriptum memorat Ulpianus *l. ſi ſervus 91. §. 3. hoc tit.* facultatem offerendi mora amiſſam ſummo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. Cæterum 3
ex factis ea tantum huc pertinere arbitror, quæ nuda ſunt & ſimplicia, ſeu quæ in meris faciendi finibus conſiſtunt, operamque hominis & membrorum corporis deſiderant; qualia ſunt, *Romam ire, tabulam pingere, inſulam ædificare, foſſam fodere*; cujusmodi in hac diſputatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hactenus tantum in obligatio-

ligatione eſſe intelliguntur, ut faciendo debitor libe- retur; peti nunquam poſſunt, ſed id ſolum, quod intereſt; neque id ſtatim, ſed tum demum, cum tranſierit tempus, quo potuit fieri, quod promiſſum eſt. At ſi factum, quod in conventionem deductum eſt, in rei alicujus præſtatione conſiſtat, ſive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quam pro facto habendum puto, arg. *l. in conventionalibus 52. §. 1. hoc tit.* & rem ipſam, ad quam principaliter reſpicitur, peti poſſe. Neque enim dubitandum, quin ſi ex cauſa venditionis ſtipulatus ſim rem mihi tradi, eam ipſam rem petere poſſim, *l. 11. §. 2. de act. empt.* Utrũ autem ut hoc caſu res peti poteſt, [illegible] præciſe præſtanda ſit, an ſolutione ejus, quod petitoris intereſt, liceat defungi, alibi fortaſſis tractabitur. In præſentia ſatis eſt nos ſcire, de quo genere factorum hic agatur, nimirum de nudis & puris, quæ extorquere ab invitis ſpecies quædam ſervitutis videatur. *Duar in d. l. ſtipulationes 72. hoc tit.* Atque hæc communis quoque DD. ſententia eſt, *vid. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 323.* Noſtro hodierno jure in omnibus faciendi obligationibus promiſſorem præciſe cogi ad facti præſtationem, tradit *Grœnevv. de legib. abrog. ad l. 13. de re jud. per. art. 275. & ſeq. Inſtr. ſup. Cur. Holl. art. 14. & ſeqq. ampl. Inſtr. Cur. provinc.* Et ſane probant hi textus, poſſe factum in petitionem & condemnationem deduci, quin & facere recuſantem in cuſtodia aliquamdiu detineri; quod à Ratione juris Rom. alienum videtur. Utique tamen quia factum invito extorqueri non poteſt, ſi contumax eſſe perſeveret, recurrendum tandem erit ad facti æſtimationem: quod & iiſdem locis expreſſum eſt.

Vel non fieri] Stipulatio in facto eſſe etiam illa dicitur, quæ continet, quod eſt in non faciendo; veluti, *Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, &c. l. 2. §. pen. hoc tit.* quanquam hæc alibi, ut oppoſita, diſtinguuntur, *l. ubi. 75. §. qui id 7. eod.* Hujuſmodi vero ſtipulationes nunquam aliter committuntur, quam ſi quid factum ſit contra quam cautum eſt, *d. l. 2. §. pen. l. 4. §. Cato. eod.* & ideo neceſſe eſt committi in id, quod intereſt: ſiquidem ejus, quod jam factum eſt, nomine nihil peti poteſt, niſi id, quod ob id factum abeſt ſtipulatori: id autem eſt, id, quod ejus intereſt, contra factum non fuiſſe.

Optimum erit pœnam ſubjicere] Stipulatio faciendi incerta eſt: quæ incertitudo cum non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari poſſint, utile viſum eſt Imperatori hic monere. Incerta eſt hæc ſtipulatio, quia id in ſtipulationem venit, quod ſtipulatoris intereſt. Ratio reddita à Paulo *in l. ſi pœnam 68. hoc tit.* Venire id quod intereſt & ſtipulatione faciendi contineri, ſatis antea probatum eſt: quare hoc pro confeſſo nunc ſumimus. At quomodo hac ratione efficitur, ut ſtipulatio ſit incerta? 4
nimirum quia id ipſum quod intereſt, eſt incertum, *l. ult. ſi quis injus voc.* quod etiam Paulus *d. l. 68.* vult intelligi. Eſt vero id quod intereſt certum duplici ratione, ab eventu ipſius rei, & à probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod intereſt. Sic enim definitur, ut ſit, quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus, *l. ſi comm. 13. rat. rem. hab.* Ut ergo quid noſtra interſit, hinc pendet, ſi quid amiſimus ob id, quod factum non eſt quod fieri debuit; aut ſi quid lucrari potuimus, ſi factum eſſet quod promiſſum eſt, quod quia factum non eſt, lucrati non ſumus: totum vero hoc incertum eſt, quid hic amittamus aut lucremur; fierique poteſt, ut ſi non fiat quod promiſſum eſt, alias plus, alias minus amittimus, interdum etiam ut nihil: ſecundum quæ eadem quoque ejus, quod intereſt, æſtimatio facienda: *l. ſi quis 13. in pr. de re jud. l. ſi quis ſtipulatus 112 §. 1. hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujusque interſit, in facto, non in jure, conſiſtere, *quatenus 24. de reg. jur.* Ratione quoque probationis incertum eſt id, quod intereſt: neque enim facile probatu eſt, habuiſſe nos aliquid & propter ceſſationem aut factum promiſſoris amiſiſſe: item nos aliquid lucri facere potuiſſe, ſi factum eſſet quod debuit, & quia factum non ſit, ideo eo lucro nos excidiſſe. Cum autem id, quod in vero eſt, probari non poteſt, illud incommodum ſequitur, quod id quod intereſt, ad minimam ſummam deducatur, *l. ult. de prat. ſtipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis ſi occurri poteſt pœnam ſtipulationi ſubjiciendo, 5
nemo non fatebitur, optimum eſſe, ſi quis ut fiat aliquid ſtipuletur, pœnam ſubjicere, ut ſi ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præſtetur. Nam pœnæ ſtipulatio certa eſt & a re ipſa, & à probatione. A re, quia certa quantitas verbis ipſius ſtipulationis comprehenſa eſt à probatione, quia non alia hic probatione opus, quam ut de ſtipulatione doceatur; quæ ipſa ſe oſtendit, quid complectatur. Neque vero hic pœnam promiſſor effugiet paratus præſtare quod intereſt: nam ex conventione pœnæ modus ſtatuitur, non ex ratione ejus quod intereſt: nec amplius quæritur, an & quanti interſit, ſed an tantum pœnæ nomine promiſſum ſit, *l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. hoc tit. §. alteri 18. inf. de inut. ſtipul.* Veriſſimum igitur eſt, quod mox ſequitur apud Juſtinianum, ſtipulationem pœnæ ſubjectam ſtipulationibus faciendi efficere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, & ne ſit neceſſe actori probare quod ſua interſit. Illud non ineleganter quæritur, an per ſubjectam ſtipulationem pœnalem præ- 6
cedens novetur obligatio: quod negamus, per *l. 10. §. 1. de pact. l. ita ſtipulatus 115. in fin. pr. l. qui*

Roma 122. §. 2. hoc tit. l. ſi quis 41. cum ſeq. l. duo 71. pro ſoc. l. prædia 28. de act. empt. Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præſtandum, quod promiſit; creditor vero liberetur difficultate probandi ejus, quod ſua intereſt factum ſuo tempore quod promiſſum eſt, non ut agendi, ſi velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maxime jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. ad *d. l. ita ſtipulatus n. 31.* in caſu hujus §. cum ſtipulationi faciendi ſubjicitur pœnalis, per *l. obligationum 44. in fin. de obl. & act.* effectum tamen eſt conſtitutione Juſtiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quam ſi id nominatim convenerit, *l. ult. C. de novat.* Quamobrem utrumque in propoſito debetur, & res aut id quod intereſt, & pœna: quanquam alterum duntaxat peti poteſt, *l. 4. §. 1. ab eo 7. de dol. mal. exc. l. 10. §. 1. de pact. d. l. ita ſtipulatus 115. hoc tit. l. ſi pro fundo. 33. Cod. de transact.* Hoc amplius, qui pœnam conſecutus eſt, recte adhuc petet, quod pluris ſua intereſt, *d. l. prædia de act. empt. l. ult. §. ult. de eo per quem fact. erit, &c.* Quod ſi coercendo contemptui pœna adjecta ſit, vel conventioni inſerta clauſula, *rato manente pacto*, & res ipſa peti poterit, & præterea pœna, *l. ſi quis 30. de recept. l. 16. de transact. l. cum proponas 17. C. eod. D. Tulden. hic c. 4.* Monendi obiter ſumus, ſtipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitas præſumi in fraudem uſurarum factam, atque improbari quatenus pœna legitimum uſurarum modum excedit, *l. pœnam 44. d. uſur, l. cum allegas 15, C. eod. l. 13. §. ibid. 26. de act. empt. add. Papon. lib. 12. tit 9. Charond. lib. 6. reſp 59. Imbert. enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Clauſula hujuſmodi] Qua formula concipienda ſit pœnalis ſtipulatio ſive quid fieri ſtipulemur, ſive quid non fieri, ſive ſimul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco ſatis perſpicuum eſt: adde tamen *l. cum quid 71. l. continuus 137. §. pen. h. t.*

TITULUS XVII.

D. lib. 45. t. 2 C. lib. 8. t. 40. Nov. 99.

De duobus reis ſtipulandi & promittendi.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes, quorum de re diſceptabatur.

In duobus reis, quos Ulpianus *l. 3. §. 3. de lib. legat.* conreos appellat, ſi ſequeremur regulas juris de iis, qui ſtipulati ſunt, aut promiſerunt, non erat, cur de his ageretur ſeparatim. Nunc autem quia in his aliquid ſingulare eſt, quod à jure reliquorum ſtipulatorum & promiſſorum longe diſſidet, ideo quidnam id eſſet, proprio titulo exquiritur; quod & factum eſt in π. & C. Reus à re, id eſt, lite, dictus eſt, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero *lib. 2. de orat. Reos appello*, inquit, *non modo eos, qui arguuntur, ſed omnes quorum de re diſceptatur.* Gallus Ælius apud Feſtum, *Reus eſt, qui cum altero litem conteſtatam habet, ſive egit, ſive cum eo actum eſt.* Pomponius *l. 5. de verb. oblig. Conventionales* (ſtipulationes) *ſunt, quæ ex conventione reorum fiunt.* Et quanquam uſu nunc obtinuit, ut is ſolus, cum quo agitur ſive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam ſcilicet quia de re ejus præcipue judicio agitur, utpote cui ſoli immineat periculum condemnationis: tamen verbi proprietatem in quibuſdam adhuc retinemus; nec ſolum reum promittendi, debendi, ſatisdandi, verum etiam ſtipulandi, credendi, ſatis accipiendi, dicimus, ut paſſim in tit. hujus argumenti.

TEXTUS.

Quibus modis duo rei fieri poſſunt.

Et ſtipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri poſſunt. Stipulandi ita, ſi poſt omnium interrogationem promiſſor reſpondeat, Spondeo, *ut puta cum duobus ſeparatim ſtipulantibus ita promiſſor reſpondeat*, Utrique veſtrum dare ſpondeo. *Nam ſi prius Titio ſpoponderit, deinde alio interrogante ſpondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei ſtipulandi eſſe. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt*: Mævi, decem aureos dare ſpondes? & Sei eoſdem decem aureos dare ſpondes? *ſi reſpondeant ſinguli ſeparatim*, Spondeo.

NOTÆ.

Utrique veſtrum dare spondeo] Igitur duo rei ſtipulandi ſunt, quia eandem rem ab eodem in ſolidum ſtipulati ſunt ea mente, ut quamvis ſolida ſingulis, una tamen omnibus debeatur, *§. prox.*

Singuli ſeparatim Spondeo] Aut *Spondemus l. 4. hoc tit.* Duo ergo rei promittendi ſunt,

ſunt, quorum ſinguli eandem rem eidem ſtipulanti in ſolidum promiſerunt ea mente, ut quamvis ſolidum ſinguli, unum tamen omnes debeant, *l. 2. l. 3. §. 1. eod. & d. §. prox.* Sed hodie duo rei promittendi non fiunt, niſi id ſpecialiter actum ſit, ut uterque in ſolidum teneatur, *auth. hoc ita C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Duorum reorum ſtipulandi definitio, ejusque definitionis explicatio.*
2. *Duo rei promittendi qui, & in quo diſcrepent à fidejuſſoribus.*
3. *Orationis diſtributivæ & alternativæ hanc vim eſſe, ut cuilibet attribuatur in ſolidum; copulativæ non item.*
4. *Iure noviſſimo non aliter duos reos debendi fieri, quam ſi id ſpecialiter actum.*

ET *ſtipulandi & promittendi*] Qui ſtipulatur, reus ſtipulandi dicitur; qui promittit, reus promittendi, *l. 1. hoc titul.* Itaque reus ſtipulandi idem eſt, qui ſtipulator; reus promittendi, qui ſuo nomine alteri quid promiſit. Cæterum ut duo rei fiant conjunctas eodem tempore aut modico intervallo ſtipulationes eſſe oportet, *l. 6. §. ultim. l. 12. pr. hoc tit.*

1 *Stipulandi ita*] Duos reos ſtipulandi hoc modo recte definiemus, qui eandem rem ab eodem in ſolidum ſtipulati ſunt ea mente, ut quamvis ſolida ſingulis, una tamen omnibus debeatur. Etenim ut duo rei ſtipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eandem ſtipuletur ut ab eodem, ut in ſolidum, ut ea mente, ut una utrique debeatur. Et igitur ſive res diverſæ à duobus in ſtipulationem deductæ fuerint, ſive unam quidem rem ſinguli ſtipulentur, ſed alter verbi cauſa à Sejo, alter à Sempronio; vel uterque ab eodem, ſed ejus rei partes non ſolidum; vel ſolidum, ſed non ea mente, ut una res ſingulis debeatur, ſed alteri puta res ipſa, alteri rei æſtimatio: duo rei ſtipulandi non erunt, *hoc text. & §. ſeq. l. 2. l. 9. §. 1. & 2. l. 15. eod. l. 3. C. eod.*

Nam ſi prius Titio] Hoc tamen non ita præciſe accipiendum eſt, quaſi duo rei ſtipulandi ita nunquam conſtitui intelligantur, cum ſingulis ſeparatim interrogantibus promiſſor etiam ſeparatim reſpondet: nam utique ſi hoc actum appareat, ut rei ſtipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obſtare hanc reſpondendi formam: ſicut ex converſo non obſtat, quominus duo rei promittendi fiant, ſi hoc actum ſit, quod ſinguli ſeparatim rogati ſunt & ſpoponderunt, *l. 3. in fin. h. t.*

2 *Duo rei promittendi*] Vel ex definitione duorum reorum ſtipulandi intelligi poteſt, quinam ſint & dicantur duo rei promittendi, nimirum quorum ſinguli eandem rem eidem ſtipulanti in ſolidum promiſerunt, ea mente, ut quamvis ſolidum ſinguli, unum tamen omnes debeant, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. §. 1. inf. eod.* Unum amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus diſtinguatur à fidejuſſore. Illud tenendum eſt, ad conſtitutionem duorum reorum non eſſe neceſſe, nominatim adjici, ut correi ſint, aut ut ſolidum ſingulis debeatur, ſingulive ſolidum debeant; ſed id ex forma etiam ipſius ſtipulationis æſtimari: argumento eſt cum hic textus & *l. 3. & l. 4. eod.* tum quod alioqui fruſtra quæreretur, quod non ſemel quæritur, an & quando duo rei conſtituti videantur. Finge, duos hoc modo ſtipulatos eſſe, *Cuilibet, vel utrique noſtrum dare ſpondes?* aut *Quilibet vel uterque veſtrum dabit?* Dicam, duorum reorum contractam obligationem. Hæc enim vis eſt diſtributivæ, ut cuilibet attribuat actum in ſolidum, eadem nimirum quæ & alternativæ, *l. 8. §. 1. de legat. 1.* Copulativa vero per ſe eam vim non habet. Unde ſi duo conjunctim decem ſtipulati ſint, aut promiſerint, ſingulis partes viriles debebuntur, aut ſinguli debebunt, niſi repetitum ſit *eadem decem. hoc text. & l. 2. eod.* aut nominatim cautum, ut duo rei ſint, ſeu ut ſingulis ſolidum debeatur, aut ſinguli ſolidum debeant, *l. 11. §. 1. & 2. eod.* Plane poſt conſtitutionem Juſtiniani *Nov. 99. cap. 1.* unde *auth. hoc ita C. hoc tit.* non 4 aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi conſtitutum) facti intelliguntur, quam ſi id ſpecialiter actum ſit, ut uterque in ſolidum teneretur: quod ideo fortaſſis Imperator conſtituit, quoniam ex ſola verborum figura hanc rem diſcerni periculoſum exiſtimavit. *Gudelin. 3. de jur. noviſſ. c. 11. & lib. 4. c. 7. Chriſtin. vol. 5. deciſ. 213. Gail. obſ. 28. n. 6.*

3 (margin, beside "Finge, duos")

TEXTUS.

De effectu hujuscemodi ſtipulationum.

1. Ex hujusmodi obligationibus & ſtipulationibus ſolidum ſingulis debetur, & promittentes ſinguli in ſolidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel alter ſolvendo omnium perimit obligationem; & omnes liberat.

NOTÆ.

1. ET STIPULATIONIBUS] Cujac. & Hotom. *ſtipulantibus.* Th. καὶ τῶν ἐπερωτώντων ἑκάστῳ τὸ ὅλο-

ἀλόκληρον ὀφληθήσεται, & ſtipulantium ſingulis ſolidum debetur. Recte.

Vel alter solvendo] *l. 3. in fin. h. t.* vel acceptum rogando, *d. l. 2. l. 16 de accept.* novando ſeu alium debitorem dando, per *l. 20. ad SC. Vell.* jurando, *l. 28. de jurej.* non autem paciſcendo: niſi aut ſocii ſint, aut nominatim alter alteri quoque paciſcatur, *l. 21. §. ult. & 4. ll ſeqq. de pact.*

Commentarius.

1. *Iure noviſſimo correis debendi competere beneficium diviſionis. In foro tamen mercatorum hoc non obſervari.*
2. *Non ſolum ſolutione uni ex duobus reis credendi facta, ſed etiam quovis alio modo, qui vice ſolutionis ſit, promiſſore ab uno liberato; totam tolli obligationem.*
3. *Uno ex duobus reis promittendi ſolvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari: tum alia non protrita.*
4. *An correus, qui totum ſolvit, eo nomine adverſus ceteros actionem habeat.*

In cauſa plurium reorum etſi reſpectu perſonarum, quæ plures ſunt, plures quoque ſtipulationes & obligationes videri poſſunt, *hoc text. l. 13. eod.* tamen quoad rem in ſtipulatum deductam ac promiſſam, vique ipſa ac poteſtate, una eſt eademque & ſimplex obligatio, quæ in ſingulis in ſolidum active & paſſive conſiſtit. Unde exiſtunt duo obligationis duorum reorum propria, quæ hoc §. commemorantur.

Solidum ſingulis debetur, & ſinguli in ſolidum] Hoc primum eſt hujus obligationis proprium, quod & ſingulis reorum ſtipulandi ſolidum debetur, & ſinguli reorum promittendi ſolidum debent: ac proinde illi ſinguli ſolidum exigere, & hi ſinguli in ſolidum conveniri poſſunt, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc. tit. l. ſi rem*
1 *31. §. 1. de novat.* Cæterum circa reos promittendi novella Juſtiniani conſtitutione *de reis promitt. 99.* vetus jus hactenus mutatum videtur, ut jam unus è duobus debendi reis in ſolidum à creditore conventus petere poſſit, uti diviſa actione pro parte tantum conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi poſſit, quam ſi correus ejus vel abſens ſit, vel non ſolvendo, aut ille beneficio diviſionis renuntiaverit. Sententia communis uſuque forenſi recepta. *Mynſ. & Schneid. v. hic. Gomez. var. reſol. 2. c. 12. n. 1. Gail. 2. obſerv. 14. num. 5. Sichard. in l. 2. C. hoc. tit. num. 5. Gudelin. & Chriſtin. ubi ſupra. Grot. 3. introduct. 3. Moller. 5. ſemeſtr. 62.* Ubi poſt *Iaſon. & Ioan. Ronchegall.* excipit, correos debendi teſtamento conſtitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant, *de Novell.* perperam intellectam, atque ab Irnerio *auth. hoc. ita C. hoc titul.* poſitam eſſe alieno loco: non enim de correis debendi in *d. Novell.* agi, ſed de mutuis fidejuſſoribus, quibus jure veteri beneficium diviſionis, quod cæteri fidejuſſores habent, non competebat, *l. 11. princ. eodem.* Argumento utuntur inſcriptione Græca, *τῶν ἀλληλεγγύων*, qua voce non duo rei, ſed mutui fidejuſſores ſignificentur. Ego verum cum Cujacio exiſtimo, eodem nomine à Græcis appellatos eſſe & correos ſimplices, eo quod & ipſi conditione obligationis quidam quaſi fidejuſſores eſſe videantur, *l. vir uxori 17. §. ultim. ad ſen. Vell.* quod & Conſtantinus obſervavit in Lexico, & ſententia ipſius Novellæ non obſcure confirmat. Plane, ſecundum generalem conſuetudinem Antvverpiæ inter mercatores obſervatam, *d. Novell.* locum non habet in foro mercatorum, ſed poteſt creditor alterum ex duobus reis in ſolidum convenire, & ad ſolutionem totius conſtringere. *Deciſione 49. Curiæ Hollandiæ.*

Vel alter debitum accipiendo, vel alter ſolvendo] Alter reorum ſtipulandi accipiendo, alter reorum promittendi ſolvendo: quibus verbis breviter indicatur jus ſingulorum id obligatione tollenda, quod eſt alterum in hac obligatione ſingulare. Sed operæ pretium eſt, paulo latius ad hanc rem proponi, & in utroque reorum genere, quale id jus ſit, ſeparatim exquiri. Duobus reis ſtipulandi hoc in ſumma hic tributum eſt, ut ſingulis eorum jus ſit, promiſſorem liberare, & liberare quibuſcumque modis creditor, cui aliquid debetur, debitorem ſuum poteſt. Et igitur ſi uni pecu- 2
nia ſoluta ſit, ex hac cauſa promiſſor ab altero quoque hac obligatione liberabitur, *hoc text.* Sed & citra ſolutionem quicumque modi ſunt, quibus actio aut ipſo jure tollitur, aut per exceptionem ſubmovetur, modo vim ſolutionis habeat, ſi quo ex his unus promiſſorem liberaverit, non à ſe tantum eum liberabit, ſed à cæteris quoque totamque tollet obligationem: veluti ſi promiſſori acceptum tulerit, *l. 2. h. tit.* ſi novandi animo alium reum ab eo acceperit. *l. ſi rem 31. §. 1. de novat.* idemq; eſt, ſi jusjurandum tulerit, *l. in duobus 28. princ. de jurejurand.* nam & jusjurandum loco ſolutionis cedit, *l. jusjurandum 27. eodem titul.* item ſi unus pecuniam ſibi à promiſſore oblatam ſine juſta cauſa accipere recuſarit, eaque poſtea ſine culpa promiſſoris deperdita ſit: per *l. qui decem 72. princip de ſolution.* Paciſcendo vero ne à promiſſore petat, correo non nocet; quoniam pacto non operatur ultra perſonas, inter quas interpoſitū eſt, nec remiſſio quicquam commune habet cum exactione, *l. ſi unus 27. in fin. pr. junct. §. 4. verſ. ante omnia de pact.* His porro conſequens eſt, quod traditur, *l. 2. hoc tit.* etiam unius ex reis ſtipulandi petitione totam tolli obligationem: quod ſic explicatur in *d. l. 31. §. 1. de novat.* unum judi-

judicio petentem totam rem in litem deducere: & apertius in *l. 11. §. ſi evenit 21. de legat. 3.* unum ex pluribus reis credendi agendo occupare & totum conſequi: ut proinde neceſſe ſit jus alterius conſumi. Hinc reſponſum eſt, ſi unus ex duobus reis ſtipulandi ſemel egerit, alteri promiſſorem offerendo, pecuniam nihil agere, *l. ex duobus 16. hoc tit.* Ex contrario quoque ſic jus eſt in duobus reis promittendi, ut unus ſolvendo alteri proſit, *hoc text. l. 3. in fin. eod.*
3 Proinde & acceptum rogando, *l. 2. eod. l. ſi ex pluribus 16, de accept.* item novando ſeu alium debitorem dando, per *l. ſi pro uno 20. ad ſen. Vell. ubi Cujac. 8. ad African.* & jurando, *l. in duobus 28. de jurejurand.* Non autem paciſcendo, niſi forte paciſcentis interſit, puta propter communionem, quia ſocii ſunt, aut ſi nominatim quoque correo ſuo paciſcatur *l. & haredi. 21. § ultim cum 4. ll. ſeqq. de pact.* Sed nec adverſus unum ex correis debendi inſtituta petitione alter liberatur, utique poſt conſtitutionem Juſtiniani, *l. ultim. C. de fidejuſſ.* nam inter veteres de hac re non conveniſſe in eadem conſtitutione, cum Juſtinianus indicat, tum arguunt hi loci. *l. 1. §. ſive apud 43. depoſ. l. 8. §. 1. de legat. 1, l. amiſſi 52. § ultim. de fidejuſſ. l. reos. C. eodem. collati cum l. decem 116. illic, non enim ſunt duo rei, de verb. oblig. l. ſi per imprudentiam 51. §. ultim. de evict.* Illud ſemper conſtitit, unum ex reis promittendi non poſſe ex alterius perſona compenſationem objicere, *l. 10. hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l. mora 32. §. ult. de uſur.* id eſt, non efficere, quo minus re poſtea perempta & teneatur, qui moram fecit, & liberetur, qui non fecit: quæ fuſius explicantur a D Donello
4 ad *tit. C. de duob. reis cap. 7. & 2. ſeqq.* Quid ſi unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exſolvat, habebitne eo nomine adverſus cæteros actionem? Si meram ſtrictamque juris rationem ſequimur, non habebit; etiamſi ad ſolos correos totum creditum pervenerit, niſi creditor, quod facere cogitur, offerenti ſolutionem actiones ſuas ceſſerit: de quo conſule Sichard. in *l ſi diviſa 13. C. locat.* Cæterum æquius & benignius eſt, ei qui ita ſolvit, etiam citra ceſſionem in correos actionem (ſubſidiariam negotiorum geſtorum accommodari, vel in ſolidum, ſi nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, *l. 2. C. hoc tit.* Ita viſum interpretibus communiter, & ſæpe judicatum eſt, teſtibus *Ant. Fabro C. ſuo hoc tit. defin. 1. Chriſtin. vol 3. deciſ. 114. & vol. 4. deciſ. 178.* contra quam tamen ſententiam diſputat idem *Ant. Faber. 11. conj. 6. & ſeqq.* Sane *d. l. 2.* commode accipi poteſt de correis ſociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converſo, an unus ex reis ſtipulandi, qui totum exegit, partem cum altero communicare cogatur, tractat. *Bart. in l. reos 11, hoc tit. n. 9. Weſemb. parat. eod. n. 7.* Concluditur autem, non cogi, niſi vel ſocii ſint, vel ita convenerit, vel natura obligationis & rei id ferat, *arg. d. l. 11. hoc tit. l. in lege 62. ad leg. Falcid. l. qui hominem 34. §. 1. de ſolut.*

TEXTUS.

De ſtipulatione pura, & de die & conditione.

2. *Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem, vel ſub conditione, obligari poteſt: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui pure obligatus eſt, petatur.*

NOTA.

2. *Vel ſub conditione obligari poteſt*] Dummodo eadem res ſit in cujusque perſona, & cauſa eadem, *l. 9. §. 1. l. 15. eod.* ut tempus idem ſit aut locus ſolutionis, non eſt neceſſe, *l. 7. d. l. 9. §. ultim. eod.* Obiter nota duos reos credendi & debendi etiam aliis contractibus conſtitui poſſe, denique & teſtamento, *d. l. 9. prac. l 1. §. 43. & 44. depoſ. l. 8. §. 1. de leg. 1. l. 5. C. ſi cert. pet.*

COMMENTARIUS.

1. *Imparis cauſa ſuſceptionem impedire duorum reorum obligationem: at quæ in modo, tempore, loco imparitas eſt, non impedire.*
2. *Duos reos credendi aut debendi etiam citra ſtipulationem conſtitui poſſe.*

DUO rei debendi ita conſtitui non poſſunt, ut res diverſæ in eorum obligatione verſentur, *l. ſi id 15. hoc tit.* nec ita ut imparem unius ejusdemq; rei obligationem ſuſcipiant, aut potius imparem cauſam, puta ut alter culpam præſtet, alter non præſtet, *l. 9. §. 1. eod.* At vero ut eodem modo uterque obligetur, neceſſe non eſt; ſed poteſt alius pure, alius in diem vel ſub conditione obligari, ut ex Florentino *l. 7. eod.* hic refert Juſtinianus. Nimirum ubi impar cauſa ſuſcipitur imparitas obligationis perpetuo durat: quæ vero à modo & tempore eſt imparitas, ea veniente die aut exiſtente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci poteſt ad paritatem: ita *Ioan. Fab. & Cantiunc. hic.* Sed nec loci ſolutionis diverſitas impedit, quo minus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque cauſa ſuſcepta intelligatur, *d. l. 9. §. ult.* Obiter monendi ſumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis ſtipulationis conſtitui, quanquam id uſitatius eſt, ſed aliis quo-

quoque contractibus, & denique etiam teſtamento. Credendi, veluti, ſi duo eandem rem deponant, aut commodent, aut decem dent mutuo hac lege, ut is qui accipit, eorum ſingulis in ſolidum obligetur: quod in depoſito indicat *Vlpian. l. 1. §. ſed ſi duo 44. depoſ.* Teſtamento, ſi teſtator eandem rem eandemve ſummam duobus leget disjunctim, hoc modo, *Titio vel Mævio decem dato*, *arg. l. 8. §. 1. de legat. 1.* Debendi, veluti, ſi quis eandem rem apud duos depoſuerit, utriusque fidem in ſolidum ſecutus; vel eandem rem duobus ſimiliter commodaverit, *d. l. 9. in pr. hoc tit. in l. 1. §. ſi apud 43. depoſ.* Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, ſi omnes ſe conſtituant ejus pecuniæ debitores. *l. 5. C. ſi cert. pet.* & teſtamento, ſi ita ſcriptum ſit, *L. Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus, decem Sejo dato, d. l. 8. §. 1. de legat. 1.* nam exemplum, quo Papinianus utitur *d. l. 9. in fin. pr. hoc tit.* huc non pertinet, niſi eo caſu, quo aperte teſtator voluit, ut ſinguli hæredes ſolidum debeant: quod ex initio ejus loci intelligitur, *add. Don. ad hunc tit. c. 12.*

TITULUS XVIII.

D. lib. 45. t. 3.

De ſtipulatione Servorum.

TEXTUS.

An ſervus ſtipulari poſſit.

Servus ex perſona domini jus ſtipulandi habet. Sed & hæreditas in pleriſque perſona defuncti vicem ſuſtinet: ideoque quod ſervus hæreditarius ante aditam hæreditatem ſtipulatur, acquirit hæreditati, ac per hoc etiam hæredi poſtea facto acquiritur.

NOTÆ.

Ex Perſona domini] Servi jure civili pro nullis habentur, *l. 32. de reg. jur.* & quaſi non ſint, *l. propt. eod.* Theod. Hermopol. *lib. 7. tit. 6.* ὁ δοῦλος παρὰ τοῖς νόμοις ἀπρόσωπός ἐστι τουτέστιν οὐδὲ δοκεῖ ζῆν ἢ ὑπάρχειν. Cæterum ex perſona dominorum χαρακτηρίζονται, ut ait Theoph. id eſt, *perſonantur*, ut Gloſſ. Gr. Lat. Hinc eſt, quod etiam cum ſervis teſtamenti factio eſt, *l. 31. de hær inſt. v. ſup. eod. tit.* & quod jus ſtipulandi habent, ut hic.

Perſonae defuncti vicem] *l. 34. l. 61. de acq. rer. dom. v. ſup. §. 2. de hær. inſt.*

COMMENTARIUS.

Quod à ſervo aut cum ſervo geſtum eſt, id ex perſona ſervi valere jus civile non patitur: quippe quo jure ſervi pro nullis habentur, *l. quod attinet 32. de reg. jur.* Sed tamen ex perſona dominorum æſtimantur: quod eleganter Theophilus his verbis Græce expreſſit, Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται. Ex quo eſt, quod etiam cum ſervis teſtamenti factio ſit, ut & hæredes inſtitui & legatum iis relinqui poſſit: de quo non uno loco *lib. 2.* item quod jus ſtipulandi habent, ut ex eorum ſtipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perinde ac ſi ipſe ſibi ſtipulatus eſſet, & vox ſervi vox domini ſit, ſicut vox filii vox patris *§. ſi quis 4. & §. poſt mortem 12. inf. de inut. ſtip.* Quæ tamen res non impedit, quominus inter ſervum, & qui cum eo contrahit, naſcatur obligatio naturalis, *l. 4. de obl. & act.*

Hæreditas in pleriſque perſona defuncti vicem] Quoniam dixit, ſervum ex perſona domini jus ſtipulandi habere, videri poterat, ſervum hæreditarium inutiliter ſtipulari, utpote qui dominum non habet. Huic igitur objectioni occurrens ait, hæreditatem jacentem perſonæ vicem ſuſtinere & interim pro domino eſſe: quod etiam identidem à veteribus traditum eſt, *l. 13. §. 2. ad leg. Aquil. l. 15. de interr. in jure fac. l. mortuo 22. de fidejuſſ. l. hæreditas 34. l. hæreditas 61. de acq. rer. dom.* Ait, *perſona defuncti vicem ſuſtinet*, uti etiam ſupra *§. 2. de hæred. inſt.* & diſerte Juriſconſulti in *l. non minus 31. §. 1. de hæred. inſt. l. in eo 33. in fin. & l. ſeq. de acq. rer. dom.* Pomponius tamen contra ſcripſit, hæreditatem perſonam ſuſtinere hæredis, *l. novatio 24. de novat.* Sed hanc pugnam alibi tollimus ſub *d. §. 2. de hæred. inſt.* Ait, *in pleriſque*: nimirum quia quædam ſunt, in quibus hæreditas vice perſonæ fungi non poteſt, quæ proinde nec hæreditati per ſervum hæreditarium acquiri queunt: qualia ſunt, quæ factum operamve perſonæ deſiderant: hæc enim conſtat in rem inanimem, qualis eſt hæreditas, non cadere. Hujus generis res eſt hæreditas: etſi enim ſervus hæreditarius recte hæres inſtituitur, tamen quia ſine juſſu domini hæreditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus eſt, *l. 10. §. 1. d. l. 61. de acquir. rer. dom.* Ejusdem generis eſt uſusfructus: uſusfructus conſiſtere non poteſt, niſi ſit perſona, quæ fruatur, *d. l. 61. §. 2. quand. dies uſuf. leg.* & ideo ſervus hæreditarius inutiliter uſumfructum ſtipulatur, *l. uſusfructus 26. hoc tit.*

TEXTUS.

Cui acquirat. De perſona, cui ſtipulatur. De ſtipulatione imperſonali.

1. Sive

1. Sive autem domino, ſive ſibi, ſive conſervo ſuo, ſive imperſonaliter ſervus ſtipuletur, domino acquirit. Idem juris eſt & in liberis, qui in poteſtate patris ſunt, ex quibus cauſis acquirere poſſunt.

NOTA.

Ex quibus causis] Repetenda hic eſt diſtinctio peculii filiorumfam. tradita & explicata *ſup. §. 2. per quas perſ.*

COMMENTARIUS.

Servus ſtipulando domino acquirit, non tantum ſi ipſi domino dari ſtipuletur, verum etiam ſi ſibi aut conſervo ſuo: quinimo etſi imperſonaliter ſeu indefinite non comprehenſa perſona, puta hoc modo, *Centum dare ſpondes? l. 1. l. 15. h. t.*

In liberis, qui in poteſtate] Filifam. ex iis cauſis, ex quibus patri acquiritur, id eſt, ex cauſa profectitii peculii, item adventitii, quoad uſumfructum, ſtipulantis, eadem ratio eſt, quæ ſervi, patri ut ex his cauſis acquirat, propter jus ſcilicet poteſtatis, quod hactenus ſimile herili, *l. ſtipulatio iſta 38. §. hi qui 6. & §. alteri 17. l. quodcumque 45. pr. & fin. de verb. obl. inf. quod cum eo, qui in al. pot. in pr.* Repetenda hic eſt diſtinctio peculii filiif. tradita & explicata *§. 1. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* Plane, ſi filius nominatim patri ſtipuletur, hoc caſu etiam ex cauſa adventitii peculii patri in ſolidum acquiret: quippe quacumque ex cauſa ita ſtipulatur, patri acquirit, non ſibi: per ſe enim ſibi acquirere non vult, per patrem non poteſt, *Don. add. l. 38. §. alteri 17. n. 25.*

TEXTUS.

De ſtipulatione facti.

2. Sed quum factum in ſtipulatione continebitur, omnimodo perſona ſtipulantis continetur; veluti ſi ſervus ſtipuletur, ut ſibi ire agere liceat: ipſe enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

COMMENTARIUS.

Proponitur hic per modū exceptionis regulæ initio poſitæ, quod cum ſervus factum in ſtipulationem deducit, idque (quod ſubaudiendum eſſe exemplum ſubjectum oſtendit) in ſuam perſonam confert, in hac ſtipulatione perſona ſervi, non domini conſideretur. Cæterum revera nihilominus valet & ſubſiſtit hæc ſtipulatio ex perſona domini: quippe cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; jusque ſervum jubendi facere, puta, ire agere, pro commodo ſuo, & cui commiſſa ſtipulatione actio in id, quod ſua intereſt, competit. Itaque dicendum eſt, hactenus tantum in hujusmodi ſtipulatione perſonam ſervi ſpectari, ut ipſe ſolus, non etiam dominus ejus, ex mente promiſſoris facti illius exercitium habere debeat, *d. l. 38. §. hi qui 6. & ſeq. de verb. obl.* Atque hoc ſenſu alibi dictum eſt, ea quæ facti ſunt, non tranſire ad dominum, *l. qui heredi 44. pr. de cond. & dem.*

Ire agere liceat] In hac ſtipulatione non jus, ſed factum verſatur; ideoque perſona ſervi tantum comprehenſa intelligitur, ut is ſolus ire agere prohiberi non debeat, non etiam dominus ejus, *d. l. 36. §. 6. v. cum vero,* quanquam ſervus non ibit aget pro arbitrio ſuo, ſed pro domini, cui illa ſtipulatione jus quæritur ſervum transmittendi. Quod ſi ſervus viam, vel iter, vel actum ad fundum domini ſtipuletur, etiamſi ſervi, non domini perſona comprehenſa ſit, domino jus eundi agendi acquiret: quoniam ex ſtipulatione non ſimplex factum, ſed jus ſervitutis continetur, per *l. 17. h. t.*

TEXTUS.

De ſervo communi.

3. Servus communis ſtipulando unicuique dominorum pro portione dominii acquirit: niſi juſſu unius eorum, aut nominatim alicui eorum ſtipulatus eſt: tunc enim ſoli ei acquiritur. Quod ſervus communis ſtipulatur, ſi alteri ex dominis acquiri non poteſt, ſolidum alteri acquiritur: veluti ſi res, quam dari ſtipulatus eſt, unius domini ſit.

NOTA.

Unius domini sit] Aut ſi ſervitutem ad fundum ſtipuletur, cum unus duntaxat vicinum fundum habeat, *l. 7. in fin. l. 17. eod.*

COMMENTARIUS.

Servus communis ſic omnium eſt, non quaſi ſingulorum totus, ſed pro partibus, utique indiviſis, ut intellectu magis, quā corpore partes habeant.

Et ideo ſi quid ſtipulatur, vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte, qua domini ſunt, verbi cauſa, ſi unus duas partes, alter tertiam duntaxat habeat, illi commodum ſtipulationis pro duabus partibus acquiretur, huic pro una, *l. 5. l. 7. hoc tit.* Sed tamen non eſt hoc perpetuum. Nam primum intereſt, utrum hoc modo ſervus communis ſtipuletur, *Dominis meis dare ſpondes?* an expreſſis propriis dominorum nominibus ita, *L. Titio & G. Sejo dare ſpondes?* nam priore quidem ſtipulatione partes dominicæ debentur, ex poſteriore vero viriles. Quoniam dominorum vocabula pro demonſtratione habentur, *l. ſi communis 37. h. t.* Sed & tres bi caſus hic excipiuntur; ſi juſſu unius ex dominis ſtipuletur; ſi uni tantum; ſi res in ſtipulationem deducta ad unum tantum pertinere poteſt placetque, his caſibus uni illi acquiri in ſolidum, *d. l. 5. cum aliquot ſeqq. l. 17. l. ſi ex re 28. §. 3. eod.* Eſt & quartus caſus ejuſdem naturæ, ſi ſtipuletur ex re unius, *l. ſi alienus 19. junct. d. l. 28. § 1. eod.* Extra has cauſas ſive ſibi quid dari ſtipuletur, ſive imperſonaliter, pro partibus dominicis acquiri. Atque hæc etiam *ἀναλόγως* ad eum ſervum transferenda ſunt, in quo plures uſumfructum habent; item ad hominem liberum & ſervum alienum, qui à pluribus bona fide poſſidentur, quatenus ſcilicet hi ex cauſa operarum ſuarum aut re fructuariorum bonæve fidei poſſeſſorum ſtipulantur, *l. 19. cum l. ſeq. l. 24. l. 32. & l. ſeq. §. 1. eod. vid. ſup. §. 4. per quas perſ. cuiq. acq.*

Juſſu unius] Ac proinde hoc caſu etiamſi non nominatim ei, qui juſſit, ſtipulatus fuerit, nihilominus tamen huic ſoli acquiret. Sunt enim hæc duo diſtincta membra, ejuſdemque poteſtatis eſt ſtipulatio juſſu unius facta, cujus facta uni nominatim citra juſſum. Sed quid ſi juſſu contempto ſtipuletur alteri nominatim? Apud veteres utri acquireret, dubium fuit: ſed Juſtinianus *inf. § ult. per quas perſ. obl.* ait, ſe hanc controverſiam decidiſſe pro eo, qui juſſit. Extat conſtitutio ejus *in l. ult. C. per quas perſ. nob. acq.*

TITULUS XIX.

De diviſione ſtipulationum.

Ratio ordinis. Unde ſumpta diviſio hic propoſita: eaque ad bimembrem revocata.

Præceſſere duæ ſtipulationum diviſiones. Quarum prima ducta eſt à diverſo contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, *§. 2. ſup. de verb. obl.* altera à diverſitate materiæ, rebus ſcilicet & factis, quæ in ſtipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi, *§. ult. d. tit.* Profertur hic & tertia ex *l. 5. eod.* quod aliæ ſint judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ communes tam judiciales quam prætoriæ, aliæ conventionales: quæ tamen ſpecies non ideo ſic diſtinguuntur, quod poſtrema à cæteris differt conventione, ſed quod origine & conventionis cauſa; ut appareat, diſtinctionem hanc ſumptam eſſe à cauſis efficientibus. Nam etſi nulla eſt ſtipulatio, quæ non habeat conventionem: non omnes tamen ita habent, ut inde primum naſcantur, ſed ſolæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Poteſt hæc diviſio commode revocari ad bimembrem, ut dicamus, ſtipulationum quaſdam eſſe neceſſarias, quaſdam voluntarias. Neceſſarias, quæ invitis pro auctoritate prætoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ vereribus dictæ ſunt conventionales, eo quod ex ſola conventione partium fiunt, *d. l. 5. pr. verſ. conventionales.*

TEXTUS.

Diviſio.

Stipulationum aliæ ſunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætoriæ, quam judiciales.

1. Judiciales ſunt duntaxat, quæ à mero judicis officio proficiſcuntur: veluti de dolo cautio, vel de perſequendo ſervo, qui in fuga eſt, reſtituendove pretio.

NOTÆ.

Aliæ Judiciales, aliæ Prætoriæ] Ex Pomp. *l. 5. de verb. obl.*

Veluti de dolo cautio] Puta in actione in rem vel quod metus cauſa: nam judex in reſtituenda re, qua de agitur, caveri jubet dolum malum abeſſe, *l. 20. l. 45. de rei vind. l. 9. §. 5. & 7. quod met. ca.* & parere recuſantem condemnat in id quod adverſarii intereſt.

COMMENTARIUS.

1. *Uſus ſtipulationum judicialium, & in his officium judicis.*
2. *Exempla harum ſtipulationum, & quædam non allegata in textu.*

Quæ à mero judicis officio] Mero, id eſt, ſolo. Quod additum in definitione, ut removeantur com-

communes: nam prætoriæ etiam eo omiſſo ſatis excluduntur. Igitur judiciales ſtipulationes ſunt, quæ à judicis officio proficiſcuntur; ſeu quas judex pro officio ſuo interponi jubet: ac proinde his locus non eſt niſi poſt litem conteſtatam: nam tum demum judex quis eſſe incipit, *l. un. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.* Officium judicis ſcimus poſitum eſſe tum in eo, ut de re in judicium deducta cognoſcat, tum ut de ea re ſententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum abſolvendo, *l. qua de re 74. de judic. l. 9. C. eod. l. 1. de re jud.* Ergo ſi quis judex lite conteſtata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recuſantem condemnet in id, quod adverſarii intereſt, aut reum abſolvat, ſciamus, hoc proficiſci ab officio judicis, ſtipulationesque juſſu ejus interpoſitas judiciales nominari, etiamſi prætor ſit, aut alius magiſtratus, qui de cauſa cognoſcit: quippe cum in eo non magiſtratus, ſed judicis pedanei partibus fungatur. Alio ſenſu, atque hoc loco, judiciales dicuntur *in l. 3. de præt. ſtipul.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum ſit; ſeu judicii futuri ſtabiliendi cauſa, ut judicatum ſolvi, & ex operis novi nuntiatione; quæ ſpecies
2 ſunt prætoriarum. Stipulationum judicialium duæ ſpecies hic afferuntur, de dolo cautio in actione in rem vel quod metus cauſa: nam judex in reſtituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abeſſe, *l. præterea 20. l. ſi homo 45. de rei vind. l. 9. §. Iulianus 3. & §. ex hoc 7. quod met. ca.* item de ſervo perſequendo & reddendo, qui in fuga eſt, *l. ſervo legato 64. §. ult. de legat 1. l. item ſi 14. §. quod ſi homo 11. quod. met. ca.* Sunt & multæ aliæ, veluti quæ interponuntur officio judicis familiæ erciſcendæ, *l. & puto 16. l. heredes 25. §. contra 10. famil. erciſc.* itemque officio judicis addicti vindicationibus ſervitutum, *l. 7. l. 12. ſi ſerv. vind.* & aliis actionibus.

TEXTUS.

De prætoriis.

2. Prætoriæ ſunt, quæ à mero prætoris officio proficiſcuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem ſtipulationes ſic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ; nam & hæ à juriſdictione prætoris veniunt.

COMMENTARIUS.

1. Vnde cognoſcant ſtipulationes prætoriæ, earum uſus & varia exempla.

2. Quibus in cauſis locus ædilitiis, & mendum è textu ſublatum.

3. Diſtinctio judicialium & prætoriarum; quæ alias nunc minus conſpicua, ad uſum fori hodiernum accommodata.

A *Mero prætoris officio*] *A mer.* Hoc ad judiciales excludendas ſupervacuum: ſed additum 1
hic itidem, ut excludantur communes. Ab officio prætoris proficiſci dicuntur, quæ à juriſdictione veniunt. Hoc ex eo cognoſcemus, ſi extra judicium cautio injungatur, & adverſus recuſantem procedatur remediis magiſtratus propriis, puta miſſione in poſſeſſionem bonorum ejus, aut denegatione juriſdictionis. Igitur quod hoc loco ſcriptum eſt, & *l. 1. §. 2. de ſtip. præt.* cautiones, quæ præſtantur ex cauſa damni infecti & legatorum ſervandorum, ſtipulationes eſſe prætoris, id hinc intelligimus recte dici, quoniam extra judicium injunguntur, & niſi caveatur, mittitur adverſarius in poſſeſſionem bonorum ejus, qui non cavet, *l. 7. de damn. inf. tit. ut leg. nem. cau. & tit. ut in poſſeſſ. leg.* Similiter cautiones judicatum ſolvi, & ratam rem haberi, hinc cognoſcimus eſſe prætorias, ut ſcriptum eſt in *l. 1. §. 1. & 2. de præt. ſtip.* quia & ipſæ lite nondum conteſtata exiguntur, *§. ſi vero 5. inf. de ſatisdict. l. Pomponius 40. §. pen. de procur.* & qui illam præſtare recuſat, eum prætor non admittit ad alienam defenſionem, *§. 4. & 5. inf. d. tit.* qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, *§. 3. d. tit. l. mutus §. pœna 4. de procur.* Ejusdem generis eſt & cautio fructuaria: nam ſi uſusfructus nomine non caveatur, denegatur petitio aut retentio uſusfructus, *l. 7. uſufr. quemadmod. cau.* Plures recenſet D. Cuj. *in l. 5. de verb. obl.*

Contineantur etiam ædilitiæ] Ædilitiæ ſunt, qui- 2
bus venditor cavet de morbis & vitiis rerum venalium, puta *rem morboſam non eſſe, ſervum fugitivum non eſſe, errorem non eſſe*, & de cæteris, quæ edicto ædilium curulium promittuntur, *l. 5. & paſſim, de ædil. edict. l ſi ita quis 31. & l. ſeq. de evict.* Hæ ſtipulationes omnes proficiſcuntur à mero ædilis officio: quia jubet ædilis eas interponi ſine ullo judicio ac niſi interponantur, venditorem non condemnat, ſed actionem adverſus eum dat ad redhibendum intra duos menſes, vel quanti emptoris intereſt, intra ſex menſes, *l. ſi venditor 28. de ædil. edict.* in quo licet agnoſcere ædilis, quatenus ædilis eſt, id eſt, magiſtratus & jus dicentis auctoritatem, *l. 1. de juriſd.*

A juriſdictione prætoris] Vox *prætoris* abeſt à *l. 5. de verb. obl.* unde totus hic locus ad verbum deſcriptus eſt: & expungendam cenſeo cum Ruſſard, Baton. Conr. Cujac. Hotom. Etenim ædilitiæ ſtipulationes non poſſunt dici venire à juriſdictione

 præ-

prætoris, cum veniant à juriſdictione ædilium; quod expreſſit Theophilus; ſed quod de prætoriis tanquam principali ſpecie ſtipulationum honorarium dicitur, id etiam ad ædilitias recte refertur, quoniam & hæ ab officio jus dicentis veniunt, communemque cum prætoriis originem & cauſam habent, videlicet juriſdictionem magiſtratus. Neque aliud Juſtinianus hic, aut Pomponius *in d. l. 5.* ſentiunt. Hodie hæc prætoriarum & judicialium ſtipulationum diſtinctio minus conſpicua eſt, poſtquam judices à magiſtratu dari deſierunt, idemque nunc judex, qui prætor ſeu magiſtratus. Diſtinguunt vero nunc interpp. inter officium judicis nobile, quod eſt judicis, qua magiſtratus eſt, & quod vi juriſdictionis atque imperii ſui exercet; & mercenarium, quod eſt ejuſdem, qua judex, & nudæ notionis, ſubſerviens actioni inſtitutæ. Itaque prætoriæ ſtipulationes etiamnum ſunt & dici poſſunt, quæ extra judicium aut ante litem conteſtatam interponi jubentur propter cogendi remedia, *l. 4. de jurisd.* judiciales, quæ poſt litem conteſtatam inſtituti judicii promovendi cauſa.

TEXTUS.

De conventionalibus.

3. Conventionales ſunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur; hoc eſt, neque juſſu judicis, neque juſſu prætoris, ſed ex conventione contrahentium: quarum totidem ſunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.

COMMENTARIUS.

EX *conventione utriusque partis*] Pomponius ex conventione reorum, *l. 5. hoc tit.* Ex conventione autem ſic accipe, ex conventione ſola: nam & cæteræ ſtipulationes ex conventione partium conſtant: at non inde ſolum proficiſcuntur, ſed prima earum cauſa eſt auctoritas jubentis. Unde exiſtit & hæc differentia, quod prætoriæ ſtipulationes ex ipſius prætoris, conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, *l. 1. §. ult. l. in prætoriis 9. de præt. ſtip.* & quod in prætoriis, ſi quid addi, vel detrahi, vel mutari oporteat, id juriſdictionis prætoriæ ſit; in cæteris contra, *l. in conventionalibus 52. de verb. obl. l. 1. §. ult. de ſtip. prat.*

Quot rerum contrahendarum] Id eſt obligationum ſeu negotiorum, quæ contrahi poſſunt. Et ideo neceſſe non fuit ullam conventionalium ſtipulationum exempli cauſa proferre, ut factum in ſuperioribus, quæ non æque notæ & uſitatæ. Illud *(pene dixerim)* tantum modeſtiæ cauſa additum videtur: nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur, ſuper quo ſtipulatio non recte interponatur.

TEXTUS.

De communibus.

4. Communes ſunt, veluti rem ſalvam fore pupillo (nam & prætor jubet rem ſalvam fore pupillo caveri, & interdum judex, ſi aliter hæc res expediri non poteſt) vel de rato ſtipulatio.

NOTÆ.

4. ET PRÆTOR JUBET REM SALVAM] Et quidem regulariter: unde etiam hæc cautio inter prætorias numeratur, *l. 1. §. de ſtip. præt.*

DE RATO STIPULATIO] Hæc eſt, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem poſtulante; quæ & ipſa prætoria fere eſt *l. 1. §. 2. de ſtip. præt.* Cæterum ſi in lite conteſtanda omiſſa ſit, & poſtea, certum eſſe cœperit falſum eſſe procuratorem, recte judex hanc ſatisdationem ab eo exiget, per *d. l. 1. C. de ord. jud.* Addit Pomp. *l. 5. de verb. obl.* & ſtipulationem duplæ; qua ſc. venditor cavet *rem vitioſam non eſſe, &c. l. 32. de evict.* aſſidua dicitur *l. 31. §. 10. de ædil. ed.* & hæc interdum juſſu judicis interponitur, interdum imperio ædilis, *d. l. 5. de verb. obl.* Caute hic legendus Th.

COMMENTARIUS.

1. Cur duas ſtipulationes hic propoſitas Ulpianus prætorias, & quo ſenſu quaſdam communes appellet.
2. Rem pupilli ſalvam fore quando prætor cavere jubet, quando judex, Et Theophilus notatus.
3. Idem quæritur de ſtipulatione rem ratam haberi.
4. An ſtipulatio duplæ, & quando communis.

STipulationes communes ſunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate prætoris aut ædilis interponuntur, interdum jubente judice, *d. l. 5. in pr. verſ. communes.* Hujus generis duæ hic commemorantur, cautio rem pupilli ſalvam fore, & rem ratam dominum habiturum. *Ulpianus l. 1. §. 2. de ſtip. præt.* Utramque hanc inter prætorias numerat, nimirum ex potiori, & eo, quod regulare eſt, rem æſtimans. Quod & nos conſideravimus *ſup. §. 2.* Apud Pomponium *d. l. 5.* refertur tertia ejuſdem generis, ſtipulatio duplæ: neque plures, quod ſciam, quæ quidem communes eo, quo diximus, ſenſu appellentur, occurrunt. Longe enim aliter, atque hoc loco, communes accipiuntur ab Ulpiano *l. 1. de ſtip. præt.* nimirum ex prætoriis illæ, quæ & judicii conſtituendi firmandique cauſa interponuntur, & ſimul 1

cautio-

cautionales ſunt, ut inſtar actionis habeant; quales ſunt, quæ fiunt judicio ſiſtendi cauſa *d. l. 1. §. 3.*

Rem ſalvam fore pupillo] Hæc ſtipulatio regulariter juſſu prætoris interponitur nullo interveniente judicio aut cauſæ cognitione; & ni caveat tutor pignoribus captis aut mulcta indicta coercetur, *ſup. de ſatisd. tut. pr. junct.* §. *pen. l. 1. de adm. tut.* quorum nihil eſt judicis; qui nudam duntaxat notionem habet, *l. 5. de re jud. junct. l. 4 de jurisd.* Sed finge, debitorem pupilli conventum à tutore poſt litem conteſtatam demum inter moras judicii cognoviſſe non ſatisdediſſe tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere: utique audiendus erit, *l. 3. C. de tut. qui ſat. non ded.* & officio judicis injungetur ſtipulatio. Quippe quæ propria magiſtratus ſunt & jurisdictionis, ſi de his principaliter agatur: ea ſi in judicium per conſequentiam inciderint, ad judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l. 1. C. de ord. jud.* Aperte autem hic lapſus eſt Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus interpres; qui dum probare cupit, ſtipulationem rem pupilli ſalvam fore aliquando judicialem eſſe, pro judiciali attulit exemplum prætoriæ, ejus nimirum, quæ ante litem conteſtatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus eſt. Quo caſu non poteſt non eſſe prætoria, cum eo tempore nullum adhuc judicium, nullus judex ſit. Eundemque errorem mox iterum errat in explicatione cautionis de rato. Quod ideo monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri ſatis habent, lectorem, tanquam in re explorata, ad eum remittere.

Si aliter hæc res expediri non poteſt] His verbis, *hæc res*, perſpicuum eſt non intelligi cautionem, ſed judicium ſeu rem, de qua judicio contenditur. Cautio enim ſemper per prætorem expediri poteſt, ſi ab eo poſtuletur: judicium vero non ſemper, niſi juſſu judicis cautio interponatur.

Vel de rato ſtipulatio] Stipulatio de rato ſeu ratam rem haberi, ea eſt, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem poſtulante. Hæc itidem regulariter juſſu prætoris atque ante litem conteſtatam interponitur. Cæterum ſi in lite conteſtanda
3 omiſſa ſit, & poſtea certum eſſe cœperit, eum qui tanquam procurator expertus eſt, falſum procuratorem eſſe, recte poſtulante adverſario hanc judex ſatisdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *l. Pomponius 40. §. pen. de procur.* lite ſemel conteſtata procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli, id in re incerta ubi de mandato non plene conſtat, & aliqua pro procuratore præſumptio eſt, locum habet, quo ſcilicet caſu ante litem conteſtatam etiam reo invito cum cautione admitteretur, *l. 1. C. de procur.* Neque obſtat regula de exceptionibus dilatoriis, quales ſunt procuratoriæ, poſt litem conteſtatam non opponendis, *l. 4. C. de jurisd. l. 13. C. de procur.* quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus judicii. Cujusmodi inter alias eſt exceptio falſi procuratoris, *l. licet 24. C. de procur. ubi Sichard. num. 2. & 3. Gail. 1. obſ. 47. n. 2.* Pomponius *d. l. 5. de verb. obl.* communium ſtipulationum numero adſcribit & ſtipulationem duplæ; eamque ait vel à judice venire, vel ab 4
ædilis edicto, id eſt, interdum judicis juſſu interponi, interdum, imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hic interpretemur, neque verba Pomponii patiuntur, quia illud non eſt unius ædilis, ſed plurium: *l. 1. & paſſim de ædil. edict.* neque ſententia; quod manifeſte arguit præcedens definitio prætoriarum. Quando igitur hæc ſtipulatio communis? An cum ob evictionem interponitur? Hæc enim petitur actione ordinaria, ſemperque judicialis eſt, nunquam ædilitia, *tot. tit. de evict.* Sed eſt præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas cauſas petitur, de quibus edicto ædilium cavetur, puta rem vitioſam non eſſe, morboſam non eſſe, &c. *l. quia dicitur 32. de evict.* ſtipulatio *aſſidua* ab Ulpiano appellatur, *l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua 20. de ædil. edict.* De his rebus qui ſibi duplam promitti poſtulat, is adverſario recuſante aut agit ex empto præciſe, ad duplam, qua parte judicialis eſt; aut redhibitoria & hic eſt ædilitia, quia poſt litem conteſtatam nunquam interponitur. *Don. in d. l. 5. pr. n. 27. & 28.*

TITULUS XX.

C. lib. 8. 3. 39.

De inutilibus ſtipulationibus.

Continuatio. Quot modis accidat, ut inutilis ſit ſtipulatio.

HACTENUS viſum, quomodo verborum obligatio recte contrahatur, ſtipulationes utiliter concipiantur. Sequuntur contraria, ea videlicet, quæ ſtipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etſi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen hoc loco inſtituitur, ut in argumento communi: quippe cum, ut initio *tit. de verb. obl.* dictum eſt, ſtipulationes inventæ ſint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia; & ideo fere noviſſima parte cujusvis negotii ſubjici ſoleant. Ut vitioſa ſit atque inutilis ſtipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles ſunt propter materiam ſeu rem in obligationem deductam:

ductam: quædam propter defectum cauſæ efficientis, aut qualitatem perſonæ ſtipulantis promittentisve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ fere ſumma eſt eorum, quæ hoc tit. explicantur. Ex his autem cauſis fit, ut ſtipulatio ipſo jure ſit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit, ut inutilis ſit non ipſo jure, ſed ut ex ea agens exceptione ſubmoveatur, *inf. de except.*

TEXTUS.

De his quæ ſunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio noſtro ſubjicitur, in ſtipulationem deduci poteſt, ſive ea mobilis ſit, ſive ſoli.

NOTA.

DOMINIO SUBJICITUR] Id eſt, ſubjici poteſt, aut ſolet, ἀνεπίκτεν δύναται. Th. verba enim in diſciplinis potentialiter accipiuntur.

COMMENTARIUS.

DOminio noſtro ſubjicitur] Id eſt, ſubjici poteſt. Nam & ea, quæ nondum in dominium noſtrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum ſunt, in ſtipulationem deduci poſſunt: veluti frumenta, quæ in herbis ſunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l. interdum 73. l. ubi autem 75. §. illud 4. de verb. obl. §. ea quoque 7. ſup. de legat.*

Sive mobilis ſit. ſive ſoli] Potuit adjungi *ſive ea corporalis ſit, ſive incorporalis*: nam & jura in ſtipulationem recte deducuntur, veluti uſusfructus & ſervitutes prædiorum, *§. 1: ſup. de uſufr. §. ult. ſup. de ſerv. præd.* Quin etiam non modo res in ſtipulationem utiliter deducuntur; verum etiam facta, ut ſuperius docuimus ſub *§. ult. de verb. obl.*

TEXTUS.

De his quæ non ſunt.

1. At ſi quis rem, quæ in rerum natura non eſt, aut eſſe non poteſt, dari ſtipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus ſit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui eſſe non poſſit, inutilis erit ſtipulatio.

NOTÆ.

1. AUT ESSE NON POTEST] Particula disjunctiva *aut* poſita videtur pro conjunctiva, ut interdum ſolet, *l. 53. de verb. ſign.* Nam v. c. fructus futuri recte in ſtipulationem deducuntur, *l. 73: de verb. obl.*

HIPPOCENTAURUM] Lucret. *lib. 5.* Sen. *Epiſt. 15.* Cic. *2. de nat. Deor. Quis*, inquit, *Hippocentaurum fuiſſe credat?* Plinius tamen fuiſſe tradit *lib. 7. cap. 3.*

INUTILIS ERIT STIPULATIO] *d. l. 1. §. 9. de obl. & act.* adeo ut nec æſtimatio debeatur, nec pœna eo nomine promiſſa committatur, *l. 69. l. 103. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1. Canones, qui obſervandi circa materiam ſtipulationum: tum conſectaria inde deducta.
2. Quid ſi in ſtipulatum deducta res, quæ eſſe deſiit.
3. Quid ſi quæ nec eſt, nec unquam fuit: ubi de Hippocentauris.

HOc §. & *ſeq.* docetur, quibus modis fiat, ut inutilis ſit ſtipulatio propter id; quod in eam deductum eſt. Quæ res ut perfectius intelligatur duo hi canones prius nobis obſervandi ſunt. 1. Ut valeat ſtipulatio, neceſſe eſſe, ut id quod in eam deductum eſt, dari aut fieri per rerum naturam aut leges poſſit. 2. ut intelligatur, quid illud ſit, & quam utilitatem afferat ſtipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in univerſum fieri; ut ratione materiæ inutilis ſit ſtipulatio, ſi dari fierive natura aut jure non poteſt, quod promiſſum eſt, *l. ſi ſtipuler. 35. de verb. obl.* eoque pertinet regula juris *l. impoſſibilium 185. de reg. jur.* ſi propter incertitudinem non poteſt intelligi, quid ſit, & quam habeat utilitatem, *l. triticum 94. l. ita ſtipulatus 115. d. tit.* Quando in ſtipulatione faciendi hoc accedit, videbimus *inf. ſub §. quod turpi 23.* Rerum, quæ dari non poſſunt, tria fere ſunt genera; quæ non ſunt in rerum natura nec eſſe poſſunt; quæ commercio ſunt exemptæ; quæ ſtipulatoris ſunt propriæ, *l. 1. ſi id quod 9. & §. ſeq. de obl. & act.* De primo genere agitur hoc §. de reliquis *§. ſeq.* Incertitudinis, quæ ſtipulationem vitiat, exempla habemus in *d. l. triticum 94. & d. l. ita ſtipulatus 115. pr. de verb. obl.*

Quod in rerum natura non eſt] Primum genus rerum, quæ dari non poſſunt, ac proinde inutiliter in ſtipulationem deducuntur, earum rerum eſt, quæ non ſunt, nec eſſe poſſunt in rerum natura. Id iterum in duas abit ſpecies. Nam harum rerum aliæ fuerunt, ſed deſierunt eſſe; aliæ ne fuerunt quidem unquam. Illarum numero ſunt, homo mortuus, ædes deuſtæ, &c *l. 1. §. ſi id quod 9. de obl. & act. l. homo 69. de verb. obl.* Quod autem harum rerum ſtipulationem inutilem eſſe dicimus, hoc eo maxime ſpectat, ut intelligamus, nec æſtimationem earum deberi, *l. liber homo 103. de verb. obl §. 4. ſup. de legat.* nec pœnam eo nomine promiſſam committi, *d. l. ſi homo 69. de verb. obl.* Plane, ſi res, quæ dari poterat, ab initio in obliga-

obligationem deducta, culpa debitoris dari poſſe deſierit, aut ſi is in re præſtanda moram fecerit, placet creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc ſtipulari, *l. inter ſtipulantem 83. §. pen. eod.* quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant, *l. ſi ex legat. 23. l. ſi ſervum 91. §. 3. eod.*

Hippocentaurum, qui eſſe non poſſit] Exemplum rerum, quæ ita non ſunt, ut nec unquam fuerint. Cic. 2. *de nat. Deor. Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimaram fuiſſe putat? Lucret. lib. 5.*

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo
Eſſe queat duplici natura & corpore bino
Ex alieni genis membris compacta poteſtas.

Stoici apud Senecam Epiſt. 58. *In rerum*, inquiunt, *natura quadam non ſunt. Et hac autem, qua non ſunt, rerum natura complectitur, qua animo ſuccurrunt, tanquam Centauri, Gigantes, & quicquid aliud falſa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habet ſubſtantiam.* Plinius tamen *lib. 7. cap. 3.* teſtatur, Claudium Cæſarem ſcribere Hippocentaurum in Theſſalia natum eodem die interiiſſe. *Et nos*, inquit, *principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Cæterum ut hoc verum ſit, tamen quia portenta & monſtra hæc ſunt, etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui idem & Hippocentauri dicti, populi fuere Theſſaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte (ut Poëtæ fabulantur) hominum, poſteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occaſionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt, non ſine horrendo vicinorum populorum ſpectaculo, a quibus primum conſpecti equis inſidentes, crediti ſunt habere membra partim humana, partim equina: Item indis occidentalibus patrum noſtrorum memoria evenit.

TEXTUS.

De his quæ non ſunt in commercio.

2. *Idem juris eſt, ſi rem ſacram aut religioſam, quam humani juris eſſe credebat, vel publicam, qua uſibus populi perpetuo expoſita ſit, ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem, quem ſervum eſſe credebat; vel cujus commercium non habuerit, vel rem ſuam dari quis ſtipuletur. Nec in pendenti erit ſtipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero ſervus fieri poteſt, & commercium adipiſci ſtipulator poteſt: ſed protinus inutilis eſt. Item contra, licet initio utiliter res in ſtipulatum deducta ſit, ſi tamen poſtea in aliquam eorum cauſam, de quibus ſupra dictum eſt, ſine facto promiſſoris devenerit, extinguitur ſtipulatio. At nec ſtatim ab initio talis ſtipulatio valebit,* Lucium Titium, cum ſervus erit, dare ſpondes? *& ſimilia. Qua enim natura ſui dominio noſtro exempta ſunt, in obligationem deduci nullo modo poſſunt.*

NOTÆ.

Humani juris eſſe credebat] Et multo magis ſi ſciebat eam humani juris non eſſe, arg. *l. 31. de obl. & act.*

Nec rem ſuam dari] *l. 82. de verb. obl. l. 1. §. 10. de obl. & act.* cui conſequens eſt, nec pretium rei ex ea ſtipulatione deberi. Sed pretium rei meæ recte ſtipulor, & rem meam mihi reſtitui, *d. l. 82.*

Protinus inutilis] Protinus, id eſt ſtatim, ἀπ᾽ ἀρχῆς [illegible] Huc pertinet regula, *Quod initio vitioſum eſt,* &c. *l. 29. de reg. jur.*

Licet initio utiliter] *l. 31. l. 82. §. 5. de verb. obl.* ſunt hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ recte geſta ſunt, reſolvi, ſi in eum caſum inciderunt, à quo non poterant incipere, *l. pen. §. ult. eod. l. 11. de ſervit.*

Sine facto promiſſoris] Secus eſt, ſi facto aut culpa promiſſoris res commercio exempta *d. l. 83. §. 5.* aut poſtquam moram in ea præſtanda feciſſet, *l. 23. l. 91. pr. & §. 3. eod.*

Qua natura ſui) Aliud juris eſt in his, quo per accidens non poſſunt acquiri, puta quia ſtipulatoris ſunt, *31. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1. *Genera rerum, qua non ſunt in commercio.*
2. *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium eſt, ſtipulationem prorſus inutilem eſſe.*
3. *Quid ſi ſtipulator ſciat, rem non eſſe in commercio.*
4. *Quid ſi ille ignoret, promiſſor ſciat.*
5. *Quando earum rerum, qua ſecundum quid extra commercium, ſtipulatio utilis aut inutilis.*
6. *De ſtipulatione rei noſtra.*

7. Ampliatio regulæ initio poſitæ.
8. Ampliatio ſecunda.
9. Quid ſi columna promiſſa facto alieno ædibus juncta.
10. Diſſenſio veterum circa caſum, quo res initio recte promiſſa, deinde commercio exempta poſtea rurſus dari poſſe cœpit.
11. Reſtrictio ampliationis ſecundæ.
12. Ampliatio tertia, ejuſque reſtrictio.

SEcundum genus rerum, quæ dari non poſſunt, eſt earum, quæ ſunt quidem in rerum natura, ſed non
1 ſunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ ſunt, earum quædam conditione ſua & abſolute commercio exemptæ, ut res divini juris, publicæ, homo liber: quædam certo reſpectu: qui vel eſt in rebus ipſis, cum alioqui natura ſua ſint in commercio: quales ſunt verbi cauſa columnæ, marmora ædificiis juncta: vel in perſonis contrahentium, puta ſi vel ſtipulator, vel promiſſor commercium non habeat, cum alii habeant. Sunt enim quædam quorundam hominum commerciis exempta, ut prædia, Eccleſias habentia hæreticis, mancipia Chriſtiana iisdem & Judæis, *l. ſi quis 10. C. de hæret. tit. C. ne Chriſt. manc. hæret.* Enim vero non omnia hæc ſtipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, eſtque in ſingulis, quod ſeorſum conſiderandum

2 *Si rem ſacram &c.*] Quarum rerum nullum omnino commercium eſt, eæ in ſtipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non ſunt, nec eſſe poſſunt in rerum natura, *l. 1. §. ſi id quod 9. de obl. & act. l. ſi ſtipulor 35. l. inter 83. §. ſacram 5. l. liber homo 103. de verb. obl.* Quamobrem neque hoc caſu magis, quam ſuperiore, aut æſtimatio debebitur, aut pœna promiſſa peti poterit, *d. l. liber homo, l. ſi homo 69. eod. l. cum ſervum 39. §. ult. de legat. 1. §. 4. ſup. de legat.* quod etiam hoc ipſo ſatis ſignificatur, quod ejuſmodi ſtipulatio dicitur eſſe inutilis, idemque juris hic eſſe, quod foret, ſi res promiſſa nec eſſe poſſet in rerum natura. Neque enim inutilis ſtipulatio dici poteſt, ex qua aliquid debetur, & maxime ſi pro re debeatur æſtimatio. Diverſum omnino eſt, ſi quis ædem ſacram aut locum religioſum ædificari ſtipulatus fuerit: hic enim in ſtipulationem deducitur, quod & natura fieri poteſt, & jure facere licet, *l. ſi ſtipulatio 38. §. ult. de verb. obl.*

Quam humani juris eſſe credebat.] Eodem mo-
3 do mox, *quem ſervum eſſe credebat.* Uti & §. præced. *quem vivere credebat.* Et ſimiliter Gajus *l. 1. §. ſi id quod 9. de obl. & act.* An ergo ſi ſciebat ſtipulator rem eſſe divini juris, hominem liberum eſſe, &c. valebit ſtipulatio? Quidã putaverunt, valere, ſaltem ad hoc, ut ſtipulator conſequatur quod ſua intereſt, ne fruſtra ea verba hic & apud Gajum expreſſa videantur. Sed recte Weſembecius reſpondet, verba iſta addita eſſe, propterea quod in ignorante major eſt cauſa dubitandi, an non ſaltem æſtimatio, aut id quod intereſt, peti poſſit: in ſciente enim vix eſſe poteſt; quoniam tum non modo ratione materiæ; verum etiam cauſæ efficientis, ſeu propter defectum conſenſus, harum rerum ſtipulatio nullius momenti eſt, *arg. l. non ſolum 31. de obl. & act.* & maximè ſi etiam pro-
miſſor ſciverit, *l. domum 57. §. ult. de contr. empt.* Sed 4
quid ſi ſolus ſtipulator conditionem rei ignoret, promiſſor ſciat, an non ſaltem propter dolum promiſſoris dabitur ſtipulatori actio in id, quod ſua intereſt deceptum non eſſe? Adhuc dicendum videtur, non dari: ſiquidem in locis omnibus, ubi de ſtipulatione rerũ, quæ in commercio non ſunt, agitur, ſimpliciter pronuntiatur, inutilem eam eſſe & nullius momenti. Emptionis alia cauſa eſt: nam etſi nec emptio hominis liberi, loci ſacri aut religioſi, hactenus teneat, ut res ipſæ debeantur aut peti poſſint: tamen ſi hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut duntaxat venditor ſciat, emptor ignoret, placet emptionem eatenus ſaltem conſiſtere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel conſequatur, quod intereſuit ejus, ne deciperetur, *l. 4. l. qui officii 62. §. 1. l. liberi 70. de contr. empt §. ult. inf. de empt. & vend.* Plane, ſi ex cauſa oneroſa ſtipulatio interpoſita ſit, putarem cum Joan. Fab. in caſu propoſito nomine doli adverſus promiſſorem agi poſſe.

Quæ uſibus populi] Quæ in uſu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ ſunt in pecunia ſeu patrimonio populi aut Principis, *l. 6. l. pacta 72. §. ult. de contr. empt.* quæ quidem, & ipſa publica dicuntur, *l. quod in littore 14. de acq. rer. dom. l. bona 15. cum 2. ſeqq. de verb. ſign.* nimirum propter perſonam poſſidentis: cæterum uſu & jure, quo habentur, privata ſunt atque in commercio, *l. 2. §. hoc interdictum 4. ne quid in loc. publ.*

Cujus commercium non habuerit] Etiam earum 5
rerum, quæ ſecundum quid extra commercium ſunt, ſtipulatio inutilis; ſed non ſemper. Inutilis, ſi vel propter rem impedimentum objiciatur, veluti ſi quis ea ſtipuletur, quæ ædibus juncta ſunt: quoniam ea eximi & præſtari Senatus vetuit, *l. cætera 41. de legat. 1.* Et igitur cum etiam hoc caſu res ipſa non debeatur, nec debebitur rei æſtimatio, quæ promiſſa non eſt, quod tamen non puto eſſe perpetuum, ſed exemplo legati, harum rerum aliquando etiam ex ſtipulatione æſtimationem peti poſſe, *d. l. cætera, §. duobus 4.* vel propter perſonam ſtipulatoris, quod ille rei commercium non habet, veluti ſi Judæus mancipium Chriſtianum dari ſtipuletur: hoc enim caſu non magis utilis ſtipulatio, quam ſi res ſimpliciter atque in totum commercio exempta ſit, *hoc text. l. multum*

tum. 34. de verb. obl. Quod ſi ſtipulator commercium habeat, licet promiſſor non habeat, placet ſtipulationem valere, *d. l. 34.* quippe poſteriore hoc caſu præſtatio rei non eſt promiſſori impoſſibilis. Nam etſi ipſe rem, quam promiſit, habere, poſſidere non poteſt: nihil tamen prohibet, quominus eam ſic comparet, ut non ſibi habeat, ſed ſtatim ei præſtet, cui jus eſt eam habere, *arg. l. aliud 71. de verb. ſign.* atq; eadem hac ratione defenditur legatum rei, cujus hæres commercium non habet, modo legatarius habeat, *l. mortuo 49. §. ſed Proculus 3. de legat. 2.* de quo plura ſcripſimus *ad §. non ſolum 4. ſup. de legat.*

6 *Vel rem ſuam*] Tertium genus rerum, quæ dari nobis non poſſunt, ſunt res noſtræ: quod enim noſtrum eſt, id nobis dari aut amplius noſtrum fieri non poteſt, *§. ſic itaque 14. inf. de act.* Nemo igitur rem ſuam ſibi dari utiliter ſtipulatur, *l. nemo 82. de verb. obl. l. 1. §. nec minus 10. de obl. & act.* Cui item conſequens eſt, nec pretium rei ex ea ſtipulatione deberi. Sane rem noſtram nobis reſtitui, tum etiam pretium rei noſtræ nobis dari, utiliter ſtipulamur, *d. l. nemo.* Sed & rem furtivam dominum à fure recte ſtipulari placet, modo tanquam furtivam ſtipuletur, *l. ſcire 29. §. ult. de verb. obl.* cujus rei ratio petenda ex *d. §. ſic itaque, inf. de act.*

Nec in pendenti, &c.] Sequuntur aliquot ampliationes quæ tamen non pariter ad omnes ſuperiores

7 ſpecies pertinent. Prima ſignificatur hoc verſ. & apud Paulum *l. inter 83. §. ſacram. verb. quamvis ſacra profana fieri, &c. de verb. obl.* eſtque hæc, quod etſi res ſacra profana, publica privata, homo liber ſervus factus ſit, nihilo magis ſtipulatio vires habeat aut ſumat, vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere. Quæ regula ad ſtipulationes quoque translata eſt, *arg. l. cætera 41. § 1. de legat. l. quod initio 22. de reg. jur.* Ergo nec ſi ſtipulator poſtea rei commercium nactus fuerit, ſtipulatio convaleſcet; nec ſi ſua res ſtipulatoris eſſe deſierit, *hoc text.* nec ſi juncta ædibus poſtea fuerint ſeparata, *d. l. cætera, §. 1.*

8 *Licet initio utiliter, &c.*] Ampliatio ſecunda. Non ſolum inutilis eſt ſtipulatio, in quam ab initio res quæ commercio exemptæ ſunt, aut alias dari non poſſunt, deducuntur, ſed etiam ſi quid recte atque utiliter promiſſum poſtea in talem cauſam ſine facto promiſſoris devenerit, placet ſtipulationem extingui, & diſſolvi obligationem, licet ab initio recte contracta ſit; utputa, ſtipulatus ſum rem profanam aut Stichum mihi dari ea res poſtea ſacra aut Stichus liber eſſe cœpit ſine facto promiſſoris, placet eũ liberari, & ſatis eſſe, quod eventu præſtatio facta ſit impoſſibilis, *d. l. inter, §. ſacram. verſ. nam & cum, l. is qui 51. de verb. obl.* Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit etiam ea, quæ recte geſta ſunt, reſolvi, ſi in eum caſum inciderunt, à quo non poterant incidere, *l. 11. de ſervit. l. pen. §. ult. de verb. obl.* vid. notata ſub *§. ex contrario 14. ſup. de legat.* Eadem ratione & ſtipulatio rei alienæ perimitur, ſi res antequam traderetur, ex alia cauſa jam facta ſit ſtipulatoris; ſed hoc ita, ſi utraque cauſa fuerit lucrativa, non ſi altera oneroſa, *d. l. inter §. 6. l. omnes debitores 17. de obl. & act.* rationem diverſi juris reddidi ſub *§. ſi res 6. ſup. de leg.* Quid ſi columna pro- 9
miſſa facto alieno juncta ſit ædibus? Non putarem, hoc caſu ſtipulationem evaneſcere, *l. cætera 41. §. ſi duobus 4. de legat. 1.* De illo inter veteres non con- 10
venit ſi res initio recte promiſſa, deinde commerciis hominum exempta, rurſum mutata conditione cœpit dari poſſe, veluti ſi ſervus liber factus in ſervitutem reciderit, an obligatio, quæ ſemel ſublata fuit, reſtituatur. Celſus cenſuit reſtitui, magisque eſſe, ut propter impedimentum interveniens ceſſaſſe videri debeat obligatio, quam penitus extincta fuiſſe. Sed hæc Celſi ſententia admiſſa non eſt, crebriusque placuit, obligationem non reſtitui, utpote ſemel penitus ſublatam: quemadmodum enim homo mortuus vitæ reſtitui non poteſt, ita nec in perpetuum extinctam obligationem poſſe reſuſcitari, *d. l. inter. §. ſacram. verſ. nec re vocamus l. qui res 98. §. aream. 8. de ſolut.* quibus locis etiam Celſi argumentis occurritur. Eadem diſſenſio & circa ſervum legatum interim manumiſſum, & poſtea ſervum iterum factum, inter Celſum & alios fuiſſe videtur; *l. ſi chorus 79. §. ult. de legat. 3. junct. l. ſervus 27. §. 1. de adim. legat.* quos tamen locos diſtinctione conciliare nititur. *Don. in d. l inter. §. ſacram n. 8.*

Sine facto promiſſoris] *d. l. inter §. 5.* Additum 11
ideo, quoniam ſi per promiſſorem factum ſit, ut res dari poſſe deſierit, veluti ſi ſervum promiſſum manumiſerit, locum promiſſum religioſum aut publicum fieri paſſus ſit, non extinguitur ſtipulatio, nec magis debitor liberatur, quam ſi ſervum promiſſum occidiſſet. Itaque ne dolus aut culpa ejus adverſario noceat, cum res ipſa præſtari non poſſit, præſtabitur æſtimatio. Idemque eſt, poſtquam debitor in re præſtanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta ſit: quoties enim aut culpa, aut mora debitoris intervenit, placet obligationem continuari, id eſt, ex eo tempore perinde perpetuo eum teneri, ac ſi res adhuc extaret, *l. 23. l. ſervum 91. pr. & §. 3. de verb. obl.*

Lucium Titium cum ſervus erit] Ampliatio ter- 12
tia. Rem commercio exemptam non tantum pure inutiliter ſtipulamur, ſed etiam ſub conditione, licet nominatim in eum caſum nobis caveamur, ſi dari poſſe cœperit. Itaque improbata eſt etiam hujusmodi ſtipulatio, *illum, cum ſervus erit, dare ſpondes?* item, *eum locum, cum ex ſacro profanus eſſe cœpe-*

caperit, dare ſpondes? nimirum quia nec præſentis temporis obligationem recipit, & ea duntaxat, quæ natura ſui poſſibilia ſunt, in obligationem deduci poſſunt. Sed & mali ominis cauſa iſtiusmodi ſtipulationem deteſtamur, quoniam non ſolet ea mutatio contingere ſine interitu civitatis, quod Paulus *d. l. inter §. ſacram.* & Pomponius *l. ſi in emptione 34. §. 2. de contr. empt.* declarant ſub perſona liberi hominis ſub conditione promiſſi. Enim vero hæc ampliatio pertinet duntaxat ad ſtipulationes earum rerum, quæ abſolute & natura ſua commercio exemptæ ſunt, ad eas res non pertinet, quæ cum per ſe ſint in commercio, nunc tamen non ſunt propter impedimentum aliquod extrinſecus accedens & temporarium. Etenim ea, quæ ædibus juncta ſunt, ſub conditione ſtipulari non prohibemur, cum & ſub conditionem legari poſſint, *d. l. cætera 41. §. 1. de legat. 1.* Sed nec pertinet ad ſtipulationem rei noſtræ. Quippe & hanc ſub conditione recte ſtipulamur, ut ſtipulatio teneat, ſi tempore exiſtentis conditionis noſtra non ſit, *l. ſi rem 31. l. exiſtimo 98. de verb. obl. d. l. cætera 41. §. 1. de legat 1. l. exiſtimo 61. de contr. empt.* Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet; *d. l. cætera §. 1.* aut vitium rei, quod nullum eſt; poteſtque ea, mutato interim domino nobis præſtari, nec incivile eſt hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc ſententia dubitatione, ut apparet ex *d. l. exiſtimo de verb. obl.* Illud ei adverſari videtur, quod etiam conditionales ſtipulationes ex præſenti vires accipere traditur *l. uſusfructus 26 de ſtip. ſerv.* & generaliter in omni ſtipulatione id tempus ſpectari, quo contrahimus, *l. filiusf. 78. de verb. obl.* Sed hoc recte dicitur, cum de perſona ſtipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur: ad res, qui in ſtipulationem deducuntur, non pertinet. Ut enim ſtatum capiat ſtipulatio, neceſſe eſt eum, qui ſtipulatur, ſive pure ſtipuletur, ſive ſub conditione, ſtipulandi capacem eſſe: eademque ratio ejus, cui ex ſtipulatione acquiri volumus. At rei, quæ uſibus hominum non exempta in ſtipulationem deducitur, præſtatio & obligatio in eventum differri poteſt, ut ante illum eventum neque peti poſſit, neque quicquam debeatur, *l. cedere diem 213. de verb. ſign.* ſed tantum ſpes ſit, debitum iri, quam in hæredem transmittamus, *§. ſub conditione ſup. de verb. obl.*

TEXTUS.

De facto vel donatione alterius

3. Si quis alium daturum facturumve quid promiſerit, non obligabitur, veluti ſi ſpondeat Titium quinque aureos daturum. Quod ſi effecturum ſe, ut Titius daret, ſponderit, obligatur.

COMMENTARIUS.

1. Cur qui alium daturum, &c. promittit, neque ipſe ſe, neque alium obliget.

2. De eo, qui ſe curaturum promittit, ut alius det.

3. Interdum qui factum alienum promittit, etiam ſine expreſſione iſtorum verborum obligari: & moribus hodiernis ſemper.

Qui alium daturum aut facturum promittit, neque ipſe obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifeſta eſt, quia nemo ex contractu alterius obligari poteſt, *l. 3. C. ne ux. pro mar.* Cur ipſe non obligetur, duæ cauſæ ſunt: una, quia non conſentit, ut det aut faciat: altera, quia etſi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit: quorum utrumque per ſe ſolum ex regulis communibus ſtipulationum ſatis eſt ad impediendam verborum obligationem. De ſe igitur quemque promittere oportet, ſi eum obligari volumus, *d. l. inter 83. in pr. de verb. obl.* Sed an non ſaltem hactenus eum, qui alium daturum aut facturum promiſit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut ille alius det, aut faciat? Dicendum eſt, ne hactenus quidem eum obligari: alioqui ſtipulatio hæc non eſſet inutilis; ſed factum alienum utiliter promitteretur, contra, quam in univerſum definit Hermogen. *l. ſicut. 65. de fidejuſſ.* & Ulpian. *l. ſtipulatio. 38. in pr. de verb. obl.* 1

Qui effecturum ſe] Aut *ſe curaturum*, ut alius det, *d. l. inter. 83. pr. eod.* quippe hac ſtipulatione non tam factum alienum, quam proprium promiſſoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur, quantum ut alter daret, curaturum ſe promiſit, per *l. ſi hæres 73. de legat. 1.* aut ſi promiſerit curaturum ſe, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id, quod ſtipulatoris intererit. Communiter receptum tradit Weſembecius, promiſſorem liberari, ſi omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit, quaſi hoc ſolum promiſiſſe intelligatur; ut proinde non aliter conveniri poſſit, quam ſi negligentia aut culpa ejus arguatur, allegans *Bart. conſ. 236. Boer. deciſ. n. 16. Schurff. conſ. 15. cent. 1.* textus tamen omnes indiſtincte loquuntur, *vid. D. Bronch. 4. aſſert. 40. Anton. Fab. Cod. for. de contr. ſtipulation. defin. 10.* 2

Interdum ſane qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, *ſe effecturum* aut *curaturum. &c.* quaſi tacite id actum videatur conſiderata qualitate negotii; veluti ſi quis promittat, certam perſonam pro ſe fidejuſſuram eſſe; *l. qui autem* 3

autem 14. §. 2. de pec. conſt. item ſi procurator, de cujus mandato dubitatur, promiſerit, rem ratam dominum habiturum, *tot. titul. rat. rem. hab.* Eſtque poſterior hæc ſtipulatio prætoria: ac proinde, ut reliquæ ejusdem generis, legem & interpretationem recipit de mente prætoris, *l. in conventionalib. 52. de verb. obl. l. 9. de ſtip. præt.* Similia exempla occurrunt *in l. ſtipul. 38. in pr. l. quotiens 81. l. inter 83. pr. de verb. obl.* in quibus omnibus promiſſor ſub alieni facti promiſſione etiam de ſuo promittere intelligitur. Qui promiſit, *ſe facturum*, ut decem dentur, ipſe dari cogitur, nec liberatur dando expromiſſorem, *l. ſi hæres 73. de legat. 1.* At qui *curaturum ſe*, ut decem dentur, promiſit, placet eum liberari alium reum locupletem dando, *l. ult. §. 1. de reb. cred. l. illa ſtipulatio 67. §. 1. de verb. obl.* Curare enim non tantum numerare eſt, ſed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi ſignificationem in propoſito habet. *Cujac. ad d. leg. 67.* Noſtris & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacite intelligitur promittere ſe curaturum aut effecturum ut alius det aut faciat *Grot. 3. introduct. c. 3. Goris adverſ. tract. 3. c. 3. n. 10.* convenienter æquitati juris Canonici. *Covarr. in cap. quamvis de pact. in 6. p. 2. §. 5. n. 1. Cyprian. hic cenſ. Belg.*

TEXTUS.

De eo in quem confertur obligatio, vel ſolutio.

4. *Si quis alii, quam ei, cujus juri ſubjectus eſt, ſtipuletur, nihil agit. Plane ſolutio etiam in extraneam perſonam conferri poteſt: veluti ſi quis ita ſtipuletur,* mihi aut Sejo dare ſpondes? *ut obligatio quidem ſtipulatori acquiratur, ſolvi tamen Sejo, etiam invito eo, recte poſſit, ut liberatio ipſo jure contingat: ſed ille adverſus Sejum habeat mandati actionem. Quod ſi quis ſibi & alii, cujus juri ſubjectus non ſit, dari decem aureos ſtipulatus eſt, valet quidem ſtipulatio. Sed utrum totum debeatur ſtipulatori, quod in ſtipulatorem deductum eſt, an vero pars dimidia, dubitatum eſt. Sed placuit, non plus, quam dimidiam partem ei acquiri. Ei vero, qui juri tuo ſubjectus eſt, ſi ſtipulatus ſis, tibi acquiris; quia vox tua tanquam filii intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri poſſunt.*

NOTÆ.

4. QUAM EI, CUIUS IURI SUBIECTUS] patri ſc. aut domino, *l. 38. §. 17. l. 45. de verb. oblig. ſup. de ſtip. ſerv. & inf. per quas perſ. nob. obl.*

NIHIL AGIT] Nec ſibi acquirit, quia hoc actum non eſt; nec alteri, quia hoc repugnat fini omnium obligationum, *d. l. 38. §. 17. & inf. eod. §. 18. l. 11. de obl. act.*

ETIAM INVITO EO] Stipulatore ſc. Cæterum hæc poteſtas adjecto ſolvendi, lite conteſtata intercidit, *l. 16. de fideic. l. 57. §. 1. de ſolut.* aut ſtatu ejus in cauſam deteriorem mutato, *l. 38. d. t.* junct. *l. 56. §. 2. de verb. obl.* nec ipſe petere, nec novare, nec acceptum ferre poteſt, quia obligatio ſoli acquiritur ſtipulatori, *l. 10. de ſolut.*

VOX TUA TANQUAM FILII] Patris & filii perſona pene eadem, *l. ult. C. de impub. & al. ſubſt.* Eſt enim filius veluti portio patris. Ariſt. 1. *magn. mor. 34.*

QUÆ TIBI ACQUIRI POSSUNT] Non ergo ſi quid pater ſtipuletur ex cauſa caſtrenſis peculii *l. 39. de verb. obl.* aut ſi factum in perſonam filii conferat, *l. 130. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui alteri ſtipulatur, emit, conducit, &c. nec ſibi nec alteri obligationem acquirere.*
2. *Quæ cautiones hic adhibendæ.*
3. *An tabellarii ſtipulando alteri acquirant: & quid juris hodie.*
4. *Quibus in cauſis admiſſum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter caſus. n. 2.*
5. *Quid ſtipulatio ſolutione in alium collata tribuat ſtipulatori.*
6. *Quid adjecto ſolutionis cauſa.*
7. *Quid permittat promiſſori, & quem liberationi modum faciat.*
8. *Quid ſi adjectus ſtatum mutaverit.*
9. *Quid juris, ſi quis conjunctim ſibi & alii ſtipuletur, tum ratione reorum, tum adjecti.*
10. *An in contractibus locus ſit juri accreſcendi.*
11. *De patre ſtipulante filio ſive quem in poteſtate habet, ſive emancipato.*

Quemadmodum nemo alium daturum facturũve promittens aut ipſe obligatur, aut aliũ obligat; ita nec alteri ſtipulando aut ſibi aut alteri obligationem acquirit, *l. ſtipulatio 38. §. alteri 17.* 1

S 3 de

de verb. obl. l. 3. C. d. contr. ſtip. §. *alteri 18. inf. hoc tit.* Non ſibi, quia hoc actum non eſt, nec perſona ejus ſtipulatione comprehenſa: non alteri, quia repugnat fini ſtipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ ſunt, ut unusquisque acquirat ſibi, quod ſua intereſt: ut vero alteri detur, nihil intereſt noſtra, *d. l. ſtipulatio* §. *alteri.* Neque hoc ad ſtipulationes tantum pertinet, ſed ad cæteras quoque conventiones, §. *pen. ſup. per quas perſon. l ſi ita 126.* §. *2. verſ. reſpondit, de verb. obl. l. ſolutum 11.* §. *pen. de pign. act. l. quo tutela 73 in fin. de reg. jur.* In ſumma; ut Paulus ſcribit, *quacumque gerimus. cum ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona initium ſumant,* id eſt, ut nunc vulgo loquuntur, niſi in perſona noſtra radicentur, *inanem actum noſtrum efficiunt: & ideo,* inquit, *neque ſtipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter ſuo nomine recte agat, poſſumus, l. quacumque 11. de obl. & act.* Verum hic cautiones quædam adhibendæ ſunt. Primum enim quod dicitur, neminem
2 ſtipulando alteri obligationem aut actionem acquirere poſſe, de perſona extranea intelligendum eſt, & ſic temperandum, niſi ille alter, in quem ſtipulatio confertur. fictione juris eadem perſona cum ſtipulatore habetur: quo in numero ſunt tum ii, quorum in poteſtate ſumus, tum hæredes noſtri. Plane enim, quod ſervus domino, filiusfam. patri ſtipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, *hoc text. in pr. d. l. ſtipulatio in* §. *alteri, l. quodcumque 45. de verb. obl. ſup. tit. de ſtipul. ſerv. & inf. per quas perſ. nob. obl.* Sed & hæredibus noſtris paciſcendo & ſtipulando quidvis acquirimus, *d. l. ſtipulatio* §. *ſed ſi 12. &* § *14. de verb. obl. l. avus 33. de pact.* nec tantum cum nobis ſimul & hæredibus noſtris ſtipulamur, ſed etiam cum hæredibus ſolis; utique jure novo ut actio ab hæredibus incipiat, *l. unic. C. ut action. ab hæred.* Deinde etſi ex aliena ſtipulatione non acquiritur alteri actio directa: ſunt tamen quædam perſonæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere ſunt, tutor, curator, actor civitatis: nam ſi tutor pupillo, curator adoleſcenti, actor civitati quid dari aut fieri ſtipulentur, placet, pupillo, adoleſcenti, civitati utilem actionem dari, *l. 5.* §. *penult. de pec conſtit.* In eadem cauſa eſt & procurator militis, *l. ſi pecuniam 26. de reb. cred.* item magiſtratus in cautione pro pupillo à tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non ſolum magiſtratus ipſe ex his cauſis pupillo recte ſtipulatur, ſed etiam alium adhibere poteſt, puta ſervum publicum, aut ſi videtur, quemvis liberum hominem qui idem pupillo ſtipuletur, *l. 1.* §. *ſi magiſtratus 11. &* §. *exigere 15. de magiſtrat. conv. l. non aliter 18. de adopt. l. 2. & 3. rem pup. ſalv. for.* Adhæc ex ſtipulatione procuratoris tribus ex cauſis domino utilis actio datur. 1. ſi ex re domini ſtipuletur, *l. quod procurator. 68. de procurat.* 2. domino præſente, *l. ſi procuratori 79. de verb. obl.* 3. ſi utilitas id exigat, nec aliter domino res ſalva eſſe poſſit. Receptum id primum in contractu inſtitoris, *l. 1. in fin. l. 2. de inſtitut. act.* inde eadem conditione tranſlatum ad contractus procuratoris, *l. 13.* §. *ſi procurator 25. de act. empt. l. 5. de præt. ſtipulat. l. damni 18.* §. *ult. de damn. infect.* Quæſitum de tabulariis, ſeu, ut nunc 3
vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus abſentibus recte ſtipulentur, iisque obligationem acquirant. Quod omnino negandum eſt, ſi quidem de jure civili Romanorum quæratur: quippe quo jure nec ſervus publicus id potuit, niſi in duabus illis, quas dixi, cauſis, ac magiſtratu jubente ſtipulationem interponi. Si vero de jure hodierno, ubique fere locorum invaluit error veterum interpretum, receptumque ut notarii aliis recte ſtipulentur, & ſtipulando actionem acquirant. De eo tamen nondum ſatis convenit, an ex hujusmodi ſtipulatione aliave conventione notarii alteri abſenti jus aliquod acquiratur ante ratihabitionem, *vid. Teſaur. deciſ. 70 Fachin. 8. contr. 51. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 34. & vol. 4. deciſ. 177. & 209.* ubi etiam quærit, an, perſona quoque non publica alteri ſtipulari poſſit ſecundum diſpoſitionem juris Canonici, *c. quoties cordis quæſt. 7.* Sane non obſtat jus naturæ aut gentium, quominus alteri etiam extraneo recte quilibet ſtipuletur, ut ei volenti & promiſſum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Imo id juri naturæ bene congruit, neque nihil mea intereſt per me alterum beneficio affici. *Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 11. num. 18.* & ideo moribus horum temporum id paſſim obtinet. *Grœnevv. de legib. abr. ad* §. *18. inf. hoc tit. & ibi. cit. Cyprian. conſ. Belg. ad* §. *3. ſup.* Po- 4
ſtremo etiam illud in quibusdam cauſis admiſſum eſt ut alteri ex pactione & ſtipulatione alterius actio utilis quæratur, ſi pactio adjecta ſit actui naturali; ut puta rem alienam, quam apud ſe quis habebat, alteri commodavit, aut apud eum depoſuit ea lege, ut is eam domino reſtitueret, aut alienos nummos alicui dedit, ut domino ſolverentur: ex his cauſis placet domino utilem actionem commodari, depoſiti, condictionem dari, *l. penult. C. ad exhib. l. ſi ita 126.* §. *2. de verb. obl.* Item ſi quis ſuos nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati ſunt, condictio acquiritur, *l. 9.* §. *pen. de reb. cred. d. l. ſi ita* §. *2. de verb. obligat.* Similia exempla ſunt in *l. 6. C. de cond. ind. l. 13. de pign. action.* Poſtremo etiam affectioni perſonarum conjunctæ cum favore cauſæ hic aliquid tributum, *l. Gajus 45. ſolut. matrimon l. 7. C. de pact. conv.* rigorque juris poſteriorum Impp. conſtitutionibus nonnihil mitigatus eſt, *l. 3. C. de donat. quæ ſub. mod.*

Solutio etiam in extraneam perſonam] Quod vetat regula juris alteri ſtipulari, in hanc ſententiam vetat ne ſtipulando, alteri acquiratur. Cæterum ſi eo ſpectet ſtipulatio, & obligatio ſoli acquiratur ſtipulatori, jus autem ſit promiſſori, etiam alteri ſolvere, quominus ad hunc effectum utiliter perſona extranea inſeratur, regula non prohibet. Atque hoc eſt, quod hic dicitur, ſolutionem etiam in extraneam perſonam conferri poſſe.

Mihi aut Sejo dare ſpondes] Conferri in alium ſolutio ſeu poteſtas alteri ſolvendi fieri promiſſori intelligitur, ſi quis disjunctim ita ſtipuletur, *Mihi aut Sejo decem dare ſpondes?* ac proinde utilis hæc ſtipulatio in utriusque perſona cenſetur; in perſona ſtipulantis ad acquiſitionem obligationis, in perſona adjecti ad ſolutionem, *l. eum qui 56. § 2. l. ultim. §. 3. de verb. oblig. l. ſi mihi 23. de fidei. l. 9. l. 10. de ſolut.* Sed age conſideremus ſeparatim, quid hæc ſtipulatio tribuat ſtipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promiſſori:
5 tot enim ſunt, ad quos ea pertinere poteſt. De ſtipulatore hoc loco & *d. l. ultim. §. 3. de verb. oblig.* traditum eſt, ei ſoli ex hujusmodi ſtipulatione obligationem acquiri: & acquiritur citra dubitationem totius ſummæ in ſtipulationem deductæ, ut ſolida decem ei debeantur, non pars duntaxat. Neque enim quia decem duobus ſtipulatus eſt, ideo ſumma inter eos dividitur. Divideretur, ſi conjunctim ſtipulatus eſſet ſibi & Sejo, de quo mox plura. Qui vero disjunctim decem ſibi aut alii dari ſtipulatur, aperte ſtipulatur decem ſolida utrique nec perſona adjecti impedire poteſt, quominus in id totum, quod ſibi quoque ſtipulatus
6 eſt, obligationem & actionem acquirat. At ex contrario Sejo adjecto ex ſtipulatione propoſita nihil debetur: quippe cui nihil ex conventione aliena acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere poteſt id, quod in ſtipulatum deductum eſt, neque promiſſorem ullo ſuo facto liberare, *l. 5. §. 1. de conſt. pec. l. 10. de ſolut.* non fidejuſſores aut pignora accipere, *l. ſi mihi 23. de fidejuſſ. l. is qui 33. de pign.* denique nec pecunia ei ſuo nomine conſtitui poteſt, *d. l. 5. §. 1. de pec. conſt.* Solummodo ad hoc utilis hæc ſtipulatio in perſona Seji adjecti, ut ſolutam ex cauſa ſtipulationis pecuniam accipere poſſit, eoque facto promiſſor liberetur. Cum vero omnis adjecto ſolvendi facultas promiſſoris cauſa conſtituta ſit, videndum etiam quid hic promiſſori tribuatur ad liberationem. Promiſſori in ſumma hoc tribuitur, ut etiam adjecto ſolvere poſſit, eaque
7 ſolutione ipſo jure liberetur, ut hic expreſſum eſt. Et quamvis partem ſolverit ſtipulatori, nihilominus tamen reliquum recte dabit adjecto, *l. cum decem 71. pr. de ſolut.* Hoc amplius etiam invito & prohibente ſtipulatore ſolvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet ſtipulatio, quam immutare ſtipulatori non licet, *l. 12. §. pen. de ſolut. l. 16. de fidejuſſ.* Sed neque promiſſori ad ſolutionem obſtat adjecti conditio. Stipulatus quis eſt ſibi aut Sticho Sempronii ſervo dari: ſoli ſervo ſine voluntate domini recte ſolvitur, *l. 9. de ſolut.* Stipulatus quis eſt ſibi aut pupillo placet promiſſorem etiam ſine tutoris auctoritate pupillo ſolvendo liberari, *l. 11. d. tit.* Hoc ideo, quia dum adjecto ſolvitur, ipſi creditori ſolvi videtur, cum nihil interſit, jubeam te alicui ſolvere, an ab initio ſtipulatio ita concepta ſit, *l. ſi ita 59. eod.* Cæterum & ſolutionis verbum & certæ perſonæ adjectio aperte liberationi modum facit, quem excedere non licet, uti in mandatis accidit: *l. 6. mandat.* ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto promiſſoris, ut ſolvat videlicet, & certa perſona, in qua hæc veluti conditio impleri debeat: ſi quid horum ſervatum non fuerit, placet factum promiſſori ad liberationem non prodeſſe. Et primum igitur nihil agit promiſſor cum Sejo adjecto paciſcendo, ſive paciſcatur Sejus ſe non petiturum, ſive obligationem novare inſtituat, ſive pecuniam promiſſori acceptam ferat, *l. 10. de ſolut.* Habet quidem acceptilatio vim ſolutionis, habet & novatio, omnisque conventio liberandi debitoris cauſa interpoſita, ſed tum ſolummodo cum à creditore proficiſcuntur, cujus ſolius eſt debitorem liberare. Adjectus vero creditor non eſt. Deinde nihil agit promiſſor, ſi alii ſolvat, quam adjecto: nam neque perſonam adjecti, quæ à ſtipulatore electa & probata eſt, egredi poteſt: in tantum ut etſi perſona ſervi adjecta ſit, nec domino recte ſolvatur, niſi ex voluntate ſervi, *l. 9. l. Stichum 95. §. nam ſi 7. de ſolut.* Ad rem nihil pertinet, quod quæcumque per ſervum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam perſona aliena hic non adjicitur, ut vel ipſe quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione ſi pupilli vel furioſi perſona adjecta ſit, nec tutori vel curatori dando liberatur, niſi pecunia in rem eorum verſa ſit, *d. l. 95 §. 7.* & quia adjectus procuratori ſimilis eſt, nec hæredi ejus recte ſolvitur; quippe cum mandatum morte finiatur, *l. cum quis 55. de verb. obl.* Cæterum omnis adjecto ſolvendi poteſtas lite cum ſtipulatore conteſtata intercidit, *l. 16. de fideic. l. ſi quis 57. §. 1. de ſolut.* Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, *l. 3. §. idem ſcribit. de pecul. l. aliam. 29. de novat.* Illud ex 8
ſententia contrahentium placuit, ut ita demum adjecto recte ſolvatur, ſi in eodem ſtatu maneat, quo erat, cum ſtipulatio interponeretur, quaſi hæc conventio tacite ſtipulationi inſit, *ſi in eadem cauſa maneat.* Itaq; ſi vel in adoptionem ſe dederit, vel deportatus ſit, aut ſervus factus, non recte ei ſolvitur, *l. cum quis 38. princ. de ſolut.* Plane, ſi ad meliorem cauſam pervenerit, puta ſi ex ſervo liber, ex filiof. ſui juris factus fuerit

fuerit, dicendum eſt, adhuc ei ſolvi poſſe, *argument. l. eum qui 56. §. 2. de verb. obl. add. Donell. l. 55. ad titul.* ubi refellit Cujacium contra ſentientem atque alios vellicantem, oſtenditque eſſe aliquid proprium uſusfructus in ſpecie, quæ proponitur à Papiniano in *l. Stichum. 95. §. qui uſumfr. 6. de ſolut.*

Adverſus Sejum habeat mandati actionem] Hoc idem traditur à Scævola in *l. Iulianus 131. §. 1. de verb. obl.* & ideo receptum eſt, quia alia actio deficit, & adjectus inſtar procuratoris eſt. Verum enim procuratorem non eſſe, imo ne procuratorem quidem eſſe ſatis conſtat, *l. 12. §. 1. & 2. ſeq. de ſolut.* Cæterum ſtipulator ut plurimum adjecto mandare ſolet, ut ſolutionem accipiat.

Si quis ſibi & alii] Hac ſtipulatione recepta, *Mihi aut Titio dare ſpondes?* qua placet ſolutionem ſaltem utiliter in Titium conferri, quæſitum eſt, propter ſimilitudinem conceptionis, num idem ſufficiat ut conjunctim ſtipulando, *Mihi & Titio decem dari.* Sed diverſa hic omnia conſtituta ſunt tum in perſo-
9 na ſtipulatoris, tum in perſona adjecti. Ad ſtipulatorem quod attinet, hoc intereſt inter priorem ſtipulationem & hanc poſteriorem, quod ex illa tantum, quantum promiſſum eſt, ſtipulatori debetur, ex hac dimidium duntaxat, *l. ſi mihi 110. de verb. obl. & hoc text.* Cur vero tam varie: nimirum propter diverſam vim orationis disjunctivæ & conjunctivæ: quippe hujus vis eſt, ut pro numero perſonarum ſumma ſtipulatione comprehenſa dividatur, illius non item. Cum enim disjunctim quis ſtipulatur ſibi aut Titio decem dari, non attribuit hanc ſummam pluribus, ſed uni tantum, ſi alteri non detur. Quæ autem ſumma uni attributa eſt, ea non poteſt dici enumeratione perſonarum diviſa. At cum ſtipulor conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & ſimul ſtipulor eandem ſummam mihi & Titio: ut perinde ſit, ac ſi dixiſſem, *Mihi & Titio ſimul decem dabis?* Id eſt, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc eſt, quod Julianus ait, una decem communiter in hac ſtipulatione comprehendi; *l. eum qui 56 prae. de verb. obl. fac. l. cui fundus 56. de cond. & dem. l. reos 11. §. 1. de duob. reis.* Hinc etiam efficitur, ut etiamſi non pecunia, ſed certum corpus ſtipulatione comprehenſum ſit, non amplius tamen quam pars debeatur, ut recte cenſet Bachovius contra Hotomannum, *fac. d. l. ſi mihi 110. de verb. obl.* Plane, ſi res in ſtipulatum deducta diviſionem non recipiat, aut ejus ſit conditionis, ut adjecto acquiri non poſſit, magis eſt, ut perſona ejus pro ſupervacuo adjecta habeatur, *arg. l. 5. comm. prad. § ult. ſup. de ſtip. ſerv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum eſt, ſed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota conſtituitur & injuria afficeretur venditor, ſi res pro parte tantum vendita intelligeretur, *l. fundus 64. de cont. empt.* De Titio adjecto nihil nominatim à veteribus definitum legimus. Cæterum hoc poſito in hac ſpecie, *Mihi & Titio decem dabis?* ſtipulatorem videri tantum quinque ſibi ſtipulari, reliquum Titio, ſatis intelligitur, Titio nec ullam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam à promiſſore recte ſolvi, cum non ſolutioni, ſed obligationi perſona illius applicata ſit.

Non plus quam dimidiam partem] Uti ex ſtipulatione propoſita obligatio in ſolidum ſtipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter ſtipulatus eſt, partem ejus augeat: *l. ſi mihi 110. de verb. obl.* ita nec in totum inutilis eſt, ſed pro parte tantum, ne quod ſibi utiliter ſtipulatus eſt, inutili adjectione vitietur, *l. 1. §. pen. eod. cap. utile, 37. de reg. jur. in 6.* Hinc vulgo colligunt jus accreſcendi inter conjunctos non 10
habere locum in contractibus, niſi aut cauſa oneroſa aut res individua ſit. *Gomez. 1. reſolut. cap. 10. & ibi citati num. 1. & ſeqq.* Quod tamen inſubtiliter dicitur. Nam de jure accreſcendi non recte diſputatur, niſi actus in utriusque perſona ab initio conſiſtat, ut concurrentes ſinguli partem petere poſſint, uno autem deficiente totum ad alterum pertineat, ut fit, cum duo ad eandem hæreditatem vocantur, aut cum duobus eadem res conjunctim legatur, *§. ſi eadem 8. ſup. de legat.* At in contractibus perſona conjuncti facit, ut actus pro parte nullus ſit, aut ut perinde ſit habendum, ac ſi omnino adjectus non eſſet totumque negotium ad alterum ſolum pertineret, *add. Duar. lib. 1. de jur. accreſc. c. 15. Broncherſt. 2. aſſert. 60. D. Svvanenb. de jur. accreſc. c. 8.*

Qui tuo juri ſubjectus eſt] Interdum qui verbis ſtipulatur, vi ipſa ſibi ſtipulari intelligitur, ſibique actionem acquirit: idque toties accidit, quoties ſtipulantis pecuniariter intereſt alteri dari: de quo dicemus *inf. ſub §. ſed etſi 19.* Pertinent huc dominus 11
& pater, qui filium in poteſtate habet; quos placet ſervo & filio recte ſtipulari, *hoc text. l. dominus 39. l. eum qui 56. §. 3. l. quod dicitur 130. de verb. obl. l. 2. C. de contr. ſtip.* nempe quia ſervo aut filio dari domini aut patris intereſt: quoniam quod ſervo aut filio ex illa ſtipulatione datum erit, id ſtatim domino aut patri acquiritur. At, *Tuo juri ſubjectus.* Ergo ſi filio emancipato pater ſtipuletur, non idem probandum eſt, *l. ſi genero. 26. C. de jur. dot.* Sed nec ipſi filio emancipato ex ſtipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, *d. l. ſi genero.* Nec obſtat *l. quodcumque 45. §. 2. de verb. oblig.* nam illud duntaxat ex eo loco recte colligitur, quibus in cauſis pater filiæ emancipatæ ſtipulari poteſt, in his etiam huic filiæ recte ſtipulari poſt mortem ſuam, ut utilis actio filiæ detur. At hoc tantum receptum in cauſa dotis, cum pater dotem & quidem à ſe profectam ſtipulatur reddi

di filiæ, cujus nomine data eſt, *l. Gajus 45. ſolut. matr. l. 7. C. de pact. conv.* Neque vero uteretur Juriſconſultus exemplo filiæ, ſi pariter filio quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus pater recte ſtipularetur, *Donell. ad l. ſtipulatio iſta 38. § alteri 17. n. 60. de verb. obl.*

Vox tua tanquam filii] Patris & filii, quem in poteſtate habet, eadem perſona, eadem vos eſſe dicitur, § *poſt mortem 12. inf.* ſed obſervetur, hoc dici cum hac adjectione, cum per filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod ſi pater filio ſtipuletur, quod conſiſtat in perſona filii, nec ad patrem redire poſſit, hic non eadem vox patris & filii habetur, nec magis utilis eſt ſtipulatio, quam ſi cuivis extraneo ſtipulatus eſſet. Hinc improbata primum hæc ſtipulatio, ſi pater ſtipuletur factum, quod in perſonam filii conferatur, pura ut ei ire, agere liceat, *l. quod dicitur 130. de verb. oblig.* Deinde & illa, ſi ſtipuletur quidem filio id, quod juris ſit, ſed quod leges ei acquiri non permittunt, *l. dominus 39. eod. & hoc text.* veluti ſi quid ſtipuletur filio ex cauſa caſtrenſis peculii, aut adventitii, quod patri nullo modo acquiratur: nam ubi uſusfructus patri quæritur, ſaltem usque ad quantitatem uſusfructus eum actionem habiturum exiſtimo; quia hactenus ejus intereſt.

TEXTUS.

De interrogatione & reſponſione.

5. *Præterea inutilis eſt ſtipulatio, ſi quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non reſpondeat, veluti ſi quis decem aureos à te dari ſibi ſtipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut ſi ille pure ſtipuletur, tu ſub conditione promittas, vel contra: ſi modo ſcilicet id exprimas, id eſt, ſi cui ſub conditione vel in diem ſtipulanti tu reſpondeas,* præſenti die ſpondeo. *Nam ſi hoc ſolum reſpondeas,* Promitto: *breviter videris in eandem diem vel conditionem ſpoſpondiſſe. Neque enim neceſſe eſt in reſpondendo eadem omnia repeti, quæ ſtipulator expreſſerit.*

NOTÆ.

5. *Si quis decem, &c. tu quinque vel contra*] Tota hæc verborum conceptio non eſt plane inutilis, ſed pro ea ſumma duntaxat, quæ vel interrogationem vel reſponſionem excurrit: quoniam cum in majori ſumma ſemper inſit minor, hactenus quoque apte reſponſum hic intelligitur, *l. 1. §. 4. l. 83. §. 3. de verb. obligat.* Similiter ſi quis de una re interrogatus, promittat & eam & plures conjunctim, aut de pluribus conjunctim, ex his unam, placet promiſſorem ſaltem obligari in eam rem, de qua & interrogatus eſt, & reſpondit, *d. l. 1. §. 5. d. l. 83. §. 4.*

COMMENTARIUS.

1. *Interrogationis & reſponſionis congruentia unde æſtimanda.*
2. *Quid juris, ſi diverſitas reſponſionis verſetur circa rem aut quantitatem, & n. 4. & 7.*
3. *Quid ſi circa qualitatem ſeu formam ſtipulationis, & n. 6.*
5. *Ad quam ſpeciem pertineat definitio l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.*
8. *Quid ſi imperſonaliter reſpondeatur.*

AD conficiendam ſtipulationem conſtituendamque obligationem verborum non ſatis eſt reſpondentem illico reſpondere, ſed etiam neceſſe eſt, ut reſpondeat congruenter ad interrogationem: alioqui inutilis eſt ſtipulatio, auctore Juſtiniano in *pr. hujus §.* Interrogationis & reſponſionis con- 1
gruentia non tam ex verbis, quam ex re & ſententia verborum æſtimanda eſt. Nam qui idem reſpondet, de quo interrogatus eſt, & reſpondet eodem modo ſeu ſervata eadem qualitate interrogationis, congruenter reſpondere intelligitur, etſi non eadem lingua reſpondeat, veluti ſi latine interrogatus, reſpondeat Græce, *§. 1. ſup. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod.* Similiter qui ſtipulanti denarios ejuſdem quantitatis aureos ſpondet, obligatur, ut qui apte ad interrogatum reſponderit, *l. quæ extrinſecus 65. § 1. eod.* Sed & qui ita interrogatus, Dabis? reſpondet, quid ni? recte reſpondiſſe intelligitur, & obligatio conſtituta, *d. l. 1. §. 2.* Denique non eſt neceſſe verba ſtipulatoris omnia in reſpondendo repetere, *hoc text. in fin.* Qui vero aut non idem reſpondet, aut reſpondet alio modo ſeu mutata forma aut qualitate ſtipulationis, is non intelligitur reſpondiſſe convenienter interrogationi, atque in ea cauſa eſt, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum intereſt, utrum quis non idem reſpondeat, an alio modo: id eſt, utrum diverſitas reſponſionis verſetur circa rem aut quantitatem in ſtipulationem deductam, an circa ſtipulationis qualitatem. Cum in re ipſa diſſentit re- 2
ſponſio, non quidẽ quando reſpondetur plane aliud, veluti pro Sticho Pamphilus. (nam iſto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit) ſed cum reſpondetur plus aut minus, placet non in totum

tum ſtipulationem eſſe inutilem, ſed tantum quatenus plus aut minus eſt in reſponſione aut interrogatione; idque ſive certa ſumma ſive certa corpora in ſtipulatum deducta ſunt. Itaque ſi ſtipulanti mihi decem tu viginti reſpondeas; aut ex contrario, ſi viginti ſtipulanti, reſpondeas decem; non in totum inutilis eſt ſtipulatio, ſed pro ea ſumma duntaxat, quæ alterius vel interrogationem vel reſponſionem excurrit: nam in decem utique & utroque caſu obligationem contractam, diſerte ſcribit Ulp. *d. l. 1. § ſi ſtipulanti 4. de verb. obl.* Similiter ſi quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti ſi de Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum ſpondeat; aut ex converſo de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex his promiſerit; non in totum vitiatur obligatio, ſed placet promiſſorem ſaltem obligari in eam rem, de qua interrogatus eſt, & reſpondit, *d. l. 1. §. ſed ſi 5.* neque nova ſtipulatoris approbatio efficit, ut in totum hæ ſtipulationes valeant; & quatenus conſiſtunt, etiam ſine ea conſiſtunt, *l. inter. §. item ſi 4. eod.*
3 *§. quoties 17. inf. eod.* At cum quis mutata ſtipulationis qualitate aliter reſpondet, quam interrogatus eſt; quod fit, cum vel ſimpliciter interrogatus reſpondet ſe daturum ſub conditione vel in diem, vel ſub conditione aut in diem interrogatus reſpondet pure, id eſt, ſic ut expreſſe dicat ſe ſtatim daturum: hic evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, qua tamen in ſpecie hæc exceptio probata eſt, niſi diverſitas reſponſionis illico placuerit ſtipulatori. Videamus autem quam recte hæc omnia dicantur. Illud extra controverſiam eſt, ſi de decem interrogatus reſpondeas viginti, non eſſe contractam obligationem in viginti, quia de viginti interrogatus non es: quod ſignificat Ulpian. *d. l. 1. §. 4.* cum ait *o-*
4 *portere congruere ſummam.* At quid ſi mihi illico placeat reſponſio tua? Ajo, nihilo magis te in viginti obligari: etenim natura ſtipulationis, quæ interrogationem præcedentem deſiderat, non patitur, ut in id, de quo interrogatus non es, obligatio contrahatur, quantumvis promiſſio tua mihi placeat. De eo quæritur, an ex hujusmodi ſtipulatione ſaltem teneatis in decem. Et ait Ulpianus *d. l.* obligationem ſaltem in decem eſſe contractam; idemque eſſe, & ſi me viginti interrogante, tu decem reſpondeas. Sed utrum hoc ita demum, ſi reſponſio tua mihi confeſtim placeat, ut quidam exiſtimaverunt an etſi non placeat? Ajo, etſi non placeat: hoc enim evidenter demonſtrat ratio Ulpiani; *Licet enim* inquit, *oportet congruere ſummam: attamen manifeſtum eſt, viginti & decem ineſſe*: quaſi dicat, diverſitas reſponſionis in decem hic nulla eſt, ſed ſumma interrogationis & reſponſionis ſaltem in decem optime convenit: quod ſi verum eſt, fruſtra deſideramus aliam ſtipulatoris approbationem, *fac. l. inter. 83. §. 3. de verb. obl.* Idem multo magis dicendum eſt, ſi plures res conjunctim aut in interrogationem aut in reſponſionem deducantur: nam tunc plures ſunt ſtipulationes invicem diſtinctæ, tot videl. quot ſunt res expreſſæ: quarum ſtipulationum cum illæ utiles ſint, in quibus ad interrogatum reſponſum eſt, per alias inutiles vitiari non debent, *d. l. 1. § 5. l. ſcire 29. d. l. inter. 83. §. 4. l. quod dicitur. 86. eod.* At enim Juris-conſultus *d. l. 1. §. 3. in fin.* ſic generaliter definit; *Cum adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi, ſemper probandum eſt, vitiatam eſſe obligationem, niſi ſtipulatori diverſitas reſponſionis illico placuerit.* Nego, hanc definitionem ad eam ſpeciem pertinere, cum ſtipulanti res plures aut pauciores ſpondemus, quam ſtipulatus eſt. Nam ubi plures ſunt ſtipulationes ſeparatæ, ibi una neque adjici alteri recte dicitur, quia nunquam cohærent; neque detrahi, quia prius in altera non fuit. Sed neque pertinet ad eam ſpeciem, 5 cum major aut minor ſumma promittitur, quam ſtipulatione comprehenſa eſt: ſatis enim eſt, ad ſtipulationem idem reſpondere, de quo interrogatus eſt, etiamſi in partem, (dummodo certam & diviſam) non autem ad omnia reſpondeas, *l. 1. §. 4.* Quo igitur pertinet? Ad ſpeciem illam alteram, cui & ſubjicitur, cum ſcilicet reſpondetur mutata interrogationis forma, conditione aut die obligationi adjecta vel detracta, quo caſu alias in totum vitiaretur ſtipulatio, ſive plus ſive minus promittatur: quoniam neutiquam congrua illa reſponſio, quæ aliam formam & qualitatem obligationis facit. Cæterum quia hic circa rem ipſam nulla eſt in interrogatione & reſponſione diverſitas, placet approbationem ſtipulatoris de qualitate 6 reſponſionis efficere, ut poſt eam perinde habeatur, ac ſi ad interrogatum congruenter reſponſum eſſet; atque ut Juriſconſultus *d. loc.* ait, quaſi alia contracta eſſet ſtipulatio: ex quo recte etiam hoc colligitur, hanc approbationem efficere, ut id quoque quod plus hic promiſſum eſt, debeatur. *D. Tulden. comm. hoc tit. cap. 2* Conditio etiam tunc obligationi adjici aut detrahi intelligitur, cum quis de una re interrogatus, disjunctim plures promittit; aut de pluribus disjunctim interrogatus unam ex his. Ut ecce, ſi quis de Pamphilo interrogatus, Pamphilum aut Stichū reſpondeat, hic qui pure interrogatus eſt, obligationi adjicit conditionem, Pamphilum ſub conditione ſpondens, ſi Stichū non dederit. Et ex converſo ſi ſtipulante me Pamphilum aut Stichum, tu unum daturū te ſpoponderis; hic obligationi conditionē detrahis pure promittens quod ego ſub conditione ſtipulatus ſum, ac proinde utroq; caſu fit, ut ſtipulatio in totum ſit inutilis, quia neutro reſpondetur ſervata ſtipulationis forma, *d. l.*

83, §. *2. d. l. 1.* §. *3.* In ſummis vero etiam hic, quod minus recte ſpondere intelligitur, *d. l. 83.* §. *3.* Fuſe *Don. ad d. l. 1.* §. *3. 4. 5.* ſed melius ad *l. ſcire 29. eod. ſub fin. Gomez. 2. reſol. 10. n. 4.* Hodie poſtquam vis pacti & ſtipulationis exæquata eſt, non usque quaque hujus ſubtilitatis ratio habetur.

Tu quinque promittas, vel contra] Oſtendimus ex Ulpiano, *l. 1.* §. *4. de verb. obl.* cum quis majorem aut minorem ſummam ſpondet, quam de qua interrogatus eſt, non in totum vitiari obligationem, ſed valere ſaltem in ſummam minorem: quoniam hactenus apte atque ad interrogandum reſponſum eſt.
7 Non eſt exiſtimandum, id negare Imperatorem, cum hic ita proponit, *inutilem eſſe ſtipulationem, ſi quis ad ea, qua interrogatus fuerit, non reſpondeat*; & ad hoc declarandum tali exemplo utitur. *Si quis decem à te ſibi dari ſtipuletur, tu quinque promittas vel contra.* Sufficit enim ad probandum quod propoſuit, eſſe in hoc exemplo ſtipulationem, in qua ad interrogatum reſponſum non eſt, & hanc ſtipulationem hactenus eſſe inutilem: quod & verum eſt. At ex eo non ſequitur, inutilem eſſe totam iſtam conceptionem, *Decem aureos mihi dare ſpondes? Quinque dare ſpondeo.* Nam cum in quinque, quæ manifeſtum eſt decem ineſſe, reſponſio cum interrogatione conveniat, utique ſaltem in quinque etiam valere debet propoſita ſtipulatio, juxta ſententiam Ulpiani, & vel ſecundum hanc ipſam Juſtin. propoſitionem. Auctorem Inſtitutionũ, quæ Gaji nomine inſcribuntur, *lib. 2. tit. de obl.* §. *10.* ſive is Anianus fuit, ſive quis alius, nihil moror. Plane alia ratio eſt contractuum oneroſorum, in quibus quid viciſſim præſtandũ eſt, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, ſi quinque ei promittantur, pro diſſentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *l. ſi decem 52 locat. Gomez. 2. reſol. c. 10. n. 4. D. Bronch. 4 aſſert. 37.*

Ille pure ſtipuletur, tu ſub conditione promittas, vel contra] Exemplum ſtipulationis, quæ ideo inutilis, qui reſpondetur mutata obligationis forma, adjecta ſcilicet aut detracta conditione: cujuſmodi ſtipulationem prorſus inutilem eſſe paulo ante probavimus, niſi diverſitas reſponſionis illico placeat, ex *l. 1.* §. *3. de verb. oblig.* quanquam hoc omiſſum hic à Compoſitoribus, ut & alia, in quibus hoc genus diſcrepat à ſuperiore: Sciamus igitur, alterum cum altero ſecundum quid tantum comparari.

Neque enim neceſſe eſt, &c.] Non eſt neceſſe, ut reſpondens verba ſtipulationis omnia repetat, ſed ſimpliciter reſpondendo, *Spondeo aut Promitto,* reſponſio ad univerſam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. *quoties 17. inf.* nam ut ſtipulator verba concepit, & quaſi præivit, ita reſpondiſſe intelligitur. Quid ſi interrogatus *Dabis?* reſpondeat impersonaliter, *Dabitur?* Puta, recte atque ad interrogatum reſponſum videri debere, *arg. d. l. 1.* §. *2. de verb. obl.* neque obſtat *auth. ſi quando. C. de conſt. pecun.* ubi Juſtinianus cavet, ne obligetur de pecunia conſtituta, qui ita dicit, *Satisfiet tibi.* Nam in conſtituto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba iſta referantur. *Alciat. 2. parerg 18. Don. in l. 5.* § *1. n. 4. & ſeq. de verb. obl.*

TEXTUS.

De his qui ſunt, vel habent in poteſtate.

6. Item inutilis eſt ſtipulatio, ſi vel ab eo ſtipuleris, qui tuo juri ſubjectus eſt, vel ſi is à te ſtipuletur. Sed ſervus quidem non ſolum domino ſuo obligari non poteſt, ſed ne quidem ulli alii: filii vero familiarum aliis obligari poſſunt.

NOTÆ.

6. VEL AB EO, QUI TUO JURI] Ratio eſt, quia nemo ſibi ipſi obligari poteſt, *l. 11. de leg. 1.* aut ſecum ipſe agere, *l. 16. de fur.* Dominus autem & ſervus, pater & filius in iis, quæ juris ſunt, & domino ac patri acquiri poſſunt, vice unius perſonæ funguntur. §. *4. ſup. eod.* fac. *l. 7. de obl. & act. l. 4. de jud.* Utique tamen naturalis ſaltem obligatio in propoſito naſcitur, §. *1. tit. prox. l. 38. de cond. ind.*

FILIIFAM. ALIIS OBLIGARI POSSUNT] Servi naturaliter tantum ex contractibus obligantur, *l. 14. l. 43. de obl. & act.* quia quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur, *leg. 32. de reg. jur.* τοῖς δούλοις οὐκ ἔστι μετουσία πολιτείας. Liban. *dec. 16.* At filiifam. extra patrem & cauſam mutui etiam civiliter, ut reliqui cives, *l. 39. de obl. & act. l. 57. de jud. l. ult.* §. *2. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

QUi ſtipulatur ab eo, quem in poteſtate habet, cujusve ipſe eſt in poteſtate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod ſuperius diximus *ſub* §. *4. h. t.* quod dominus & ſervus, pater & filius in iis, quæ juris ſunt, & domino ac patri acquiri poſſunt, eadem perſona cenſentur. Nemo enim ſibi ipſi obligari poteſt, *l. 11. de legat. 1. l. hæres 21.* § *3. de fidejuſſ.* Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, ſive dominus à ſervo, ſive pater à filio ſtipuletur, obligationem ſaltem natura-

lem naſci, argumento eſt, quod fidejuſſor acceptus tenetur, §. *1. tit. ſeq. l. ſi quis 56. §. 1. de fidejuſſ.* Sed ſi ſervus à domino, filius à patre ſtipuletur, placet nec fidejuſſorem acceptum teneri, *d. l. ſi quis §. ult.* Et an igitur hoc poſteriore caſu ne naturalis quidem obligatio naſcitur? Omnino, *l. ſi dominus 64. de cond. ind.* ſed hic fidejuſſor acceptus ideo non tenetur, quia ſi quæ ſic hic eſſet fidejuſſoris obligatio, ea acquireretur domino aut patri.

Tuo juri ſubjectus] Igitur à ſenſu contrario patet à filio emancipato, aut filius emancipatus à patre ſi ſtipuletur, utilis eſt ſtipulatio. Idemque probandum eſt, ſi ſtipulatio ad bona filii caſtrenſia pertineat; quippe cum in his filiusfam. vice patrisfam. fungatur *l. 2. de ſen. Mac. l. 4. de jud.* Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet? *arg. Nov. 117. cap. 1.* & hodie ſimpliciter, quoniam ἑνότης illa una cum veteris patriæ poteſtatis effectu exolevit.

Filii vero familiarum aliis obligari poſſunt] Inter ſervum & filiumfam. hoc intereſt, quod ſervus non tantum domino, ſed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari poteſt, *l. ſerv. 14 de obl. & act.* Filius autem familias extra patrem & cauſam mutui tanquam patremfam. omnibus aliis obligatur, *l. filiusfam. 39. eod. tit. vid. inf. tit. quod cum eo, qui in alien. poteſt.*

TEXTUS.

De muto & ſurdo.

7. Mutum neque ſtipulari neque promittere poſſe, palam eſt: quod & in ſurdo receptum eſt: quia & is, qui ſtipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba ſtipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui qui tardius exaudit ſed de eo, qui omnino non audit.

COMMENTARIUS.

Cum ſtipulatio confici non poſſit, niſi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatū reſpondente, palam eſt, neq; mutum neque ſurdum ad verborum obligationem pertinere: non mutum, quia loqui non poteſt: non ſurdum, quia verba ſtipulantis audire, & proinde ad interrogata reſpondere nequit. Non enim ſufficit ad hanc obligationem conſtituendam, per literas aut interrogari aut reſpondere, ſed verba utrinque intervenire & lingua nuncupari neceſſe eſt, *l. 1. pr. de verb. obl. l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act.* Enimvero quod mutus & ſurdus per ſe facere non poſſunt, ut aut ſtipulando ſibi acquirant, aut promittendo obligentur, id efficere poſſunt per ſervum, ſi quid eorum illum facere jubeant, *d. l. 1. in pr. de verb. obl.* Etenim quod ſervus ſtipulatur, id domino volenti recte acquirit, cui etiam nullo ejus juſſu præcedente acquireret, atque adeo invito, §. *item, vobis ſup. per quas perſon.* Si quid juſſu domini promittat, placet dominum obligari quod juſſu, *d. l. in fin. pr. de verb. obl. l. 1. quod juſſ. §. 1. inf. quod cum eo, qui in al. poteſt.* At quomodo jubebunt? nutu, per nuntium, per epiſtolam. Qui ſurdus tantum eſt, etiam verbis jubere poteſt.

Qui omnino non audit] Scribit tamen alibi Juſtinianus, neminem tam ſurdum eſſe, quin audiat, ſi quis ſupra cerebrum ejus loquatur, *l. diſcretis 10. C. qui teſtam. fac.* Ego autem puto, commentum hoc eſſe, ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmat, fieri poſſe, ut is, qui ſurdus natus eſt, articulatam vocem edat, *vid. Plin. lib. 10. natur. hiſt. cap. 69.*

TEXTUS.

De furioſo.

8. Furioſus nullum negotium gerere poteſt, quia non intelligit, quod agit.

COMMENTARIUS.

Verbis fieri ſtipulatio dicitur, non quod ſine conſenſu ſolis verbis fiat, ſed quod ſine verbis non fiat ſolo conſenſu. Semper enim illud manere debet, nullam obligationem, quæ quidem ex contractu ſit ſine conſenſu conſtitui, *l. 1. §. conventionis 3. de pact.* Proinde quicunque animum habent voluntatis & judicii expertem, hi non magis ex ſtipulatu, quam ex quovis alio contractu obligari poſſunt. In hoc genere ſunt furioſi, mente capti, prodigi, infantes. Furioſum nulū negotiū contrahere aut gerere poſſe natura, manifeſtum eſt, *l. 1. §. furioſus 12. de obl. & act. l. ſi à reo 70. §. 4. de fidejuſſ. l. 5. de reg. jur.* Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, *d. l. 5. de reg. jur.* Prius enim eſt, ut quid agi aut geri intelligatur, quam ut curator dici poſſit, quod agitur, aut geritur, probare. De furioſo quod dicitur, id intelligendum eſt etiam ad mente captum pertinere, qui furore non corripitur: quoniam non alia ratione in furioſo locum habet, quam quia mente caret, ſive ut hic ſcriptū eſt, *quia non intelligit, quod agit.* In eadem cauſa cum furioſo eſt & prodigus ſeu is cui

is cui bonis interdictum eſt, verum cum de eo obligando agitur duntaxat. In acquirendo enim diſſimitudo eſt. Quippe furioſus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem ſibi acquirat, *d. l. 1. §. 12. de obl. & act.* At prodigus ſtipulando aut aliter contrahendo ſibi acquirere poteſt, licet promittendo non obligetur, non magis quam furioſus, *l. 6. de verb. obl.* neque alio pertinet comparatio furioſi aut prodigi in *l. furioſi 40. de reg. jur.* Obiter hic illud admonendi ſumus, quod furioſus geſſit in intermiſſione furoris, rarum haberi, neque ullum negotium antea recte geſtum furore poſtea interveniente perimi, *§ 1. ſup. quib. non eſt perm fac. teſt. l. 9. C. qui teſt. fac. & ibi DD.*

TEXTUS.

De impubere.

9. Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut, ubi tutoris auctoritas neceſſaria ſit, adhibeatur tutor: veluti ſi ipſe obligetur: nam alium ſibi obligare etiam ſine tutoris auctoritate poteſt. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum eſt, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantiæ proximus eſt, non multum à furioſo diſtant: quia hujuſmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta eſt, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in poteſtate parentis eſt impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

NOTÆ.

INFANS] Infantem dicimus usque ad annum ſeptimum, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. C. de jur. del.* qua ætate plene abſolvitur integritas loquendi. Macrob. *1. in S. S. 6.*

INFANTIÆ PROXIMUS] Qui ſeptennium egreſſus adhuc conſiſtit intra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium.

NE AUCTORE QUIDEM PATRE] *l. ult. §. 2. de verb. obl.* ſicut nec ex contrario auctore patre ſibi acquirere poteſt. Pupilli alia ratio, cujus è re eſt, ſaltem tutore auctore obligare poſſe, cum ipſe viciſſim ſibi alios obliget.

COMMENTARIUS.

1. *Gradus ætatis pupillaris, & quamdiu quis infans habeatur.*
2. *Proximus infantiæ quis dicatur, & quando ita appellari deſinat, vocarique incipiat pubertati proximus.*
3. *Iterum de infante & infantiæ proximo.*
4. *De proximis pubertati; & an non ſaltem naturaliter ſine tutoris auctoritate obligentur.*
5. *De obligatione puberum minorum 25. annis.*
6. *Cur placeat impuberem ne patre quidem auctore obligari.*

PUpillus omnia tutore auctore recte agit, quædam etiam ſine eo. Tutore auctore tam ſe aliis, quam alios ſibi obligare poteſt: ſine tutoris auctoritate ſe quidem aliis non obligat, ſed alios ſibi, & in univerſum conditionem ſuā meliorem facere poteſt etiam ſine tutoris auctoritate, *l. 9. de auct. tut.* qua de re dictum *lib. 1. tit. de auct. tut.* Cæterum quod ita generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes ſeu cujuslibet ætatis; verum ad eos tantum qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis ſint, poſtea intelligetur. Ætatis pupillaris tres ſunt partes ſive gradus. Eſt infans; eſt infantiæ proximus: eſt proximus pubertati. Infans dicitur, quaſi fandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non poteſt: ſicut ex converſo per eum, qui fari poteſt, ſignificatur infante major, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. ſervo 65. §. pen. ad Trebell. l. 1. §. huic proximus 13. de obl. & act. l. mulier 70. de verb. obl. l. 6. rem pup. ſalv. for. l 5. de reg. jur.* At enimvero ſciendum eſt, jure noſtro infantiam non uſu & naturali facultate loquendi, ſed ætate æſtimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor eſt ſeptem annis, *l. infanti 18. Cod. de jur. delib. dict. l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de ſponſal.* Etſi enim qui ſeptem annos nondum natus eſt, natura fari poteſt, tamen jure id facere non poſſe exiſtimatur; quoniam quid loquatur, non intelligit. Proximus infantiæ dicitur, qui ſeptennium nuper ſuperavit, ἑπταετής, ſeptuennis, 2
Macrobius *1. in S. S. cap. 6. anno ſeptimo plene abſolvitur integritas loquendi.* Quando autem hoc nomine pupillus appellari deſinat, & vocari incipiat pubertati proximus, non eſt ſatis exploratum; tum quia id jure expreſſe definitum non reperitur; tum quia in eo definiendo mire variant interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantiæ faciunt annum duodecimum completum, *Pet. Fab. ad d. l. 5. de regul. jur. Ravard. ad l. pupillum 111. eod.* Alii annum

annum decimum tertium, *Hotom. hic Robert. 2. recept. lect. 17.* Quibus pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium vel decimum quartum annum attigit. Cujacio, cui ad pubertatem ſemeſtre deeſt, *17. obſ. 4.* Accurſius ad hunc loc. & *in l. 1. de novat.* cenſet, totum reliquum tempus, quod infantiam ſequitur usque ad pubertatem, dividendum eſſe in duas partes æquales, ut qui conſiſtat intra priorem, hic ſit infantiæ proximus: qui hanc egreſſus conſiſtat intra poſteriorem, is dicatur proximus pubertati; quia revera huic ſit proximior, quam infantiæ. Itaque pupillũ proximũ infantiæ eum haberi, qui ſeptem annis major conſiſtat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui exceſſit, eſſe proximum pubertati. Pupillam autem infantiæ proximam eam eſſe, quæ infantiam egreſſa, conſiſtat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem exceſſit, eſſe pubertati proximam. Idem cenſent *Bart. & Caſtr. in d. l. 1. de nov.* communemque hanc eſſe ſententiã teſtantur *Dec. ad d. l. pupillum, de reg. jur. Vigl. in §. teſtes, ſup. de teſt. ord. Gomez. 3. reſol. 1. n. 17. Schneid. ad pr. ſup. de auct. tut. n. 12. & ſeq.* Sunt denique, qui judicis poteſtati & arbitrio hoc committendum exiſtimant, ut is non tam ex ætate, quam captu & aſtutia impuberis æſtimet, qua ætate vel infantiæ vel pubertati proximus ſit habendus; ut & alias fieri conſuevit in iis, quæ certo jure definita non ſunt. *l. 1. §. ult. de jur. de lib.* In qua ſententia jam olim fuit *Io. Fab. hic, & Salic. ad l. 7. C. de pœn.* eumque probant *Dec. Vigl. citatis loc. Coraſ. 6. miſc. 23. Covarr. de matr. p. 2. c. 5. n. 7 Menoch. 2. arbitr. c. 57. n. 10. & ſeqq. Gædd. de contr. ſtip. c. 7. n. 185 & ſeqq. Philipp. Matth. ad l. fere 108. n. 39. & ſeq. de reg. jur.* In hac autem varietate propius à vero abeſſe videtur opinio communis, quam etiam Gomez. *ubi ſup.* in judicando & conſulendo ſequendam cenſet. Et vero cum tempus, quod infantiam ſequitur usque ad pubertatem, in duas ætates diviſum ſit, in eam, quæ proxima eſt infantiæ, & quæ proxima pubertati, quarum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipſo & in illa terminus ad quem, & in hac terminus à quo ſatis jure definitur, nimirum juſta temporis illius medietas.

3 *Infans & infantiæ proximus non multum à furioſo*] Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum à furioſo diſtat, ut qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furioſus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere poteſt, nec contrahendo obligari, aut obligationem ſibi acquirere. Illud tantum utilitaris cauſa receptũ eſt, ut infans tutore auctore poſſit incipere poſſidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis, quam juris eſt, ſuppleatur auctoritate tutoris, *l. 1. §. 3. l. quamvis 32. §. ult. de acquir. poſſeſſ. l. 3. C. eod. Don. 5. comm. 11.* Quod de infante, idem etiam de infantiæ proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: *in l. 9. de acq. her.* dicitur nihil ſcire aut diſcernere: alibi non intelligere, quod agitur: *l. 1. §. huic proximus 13. de oblig. & act. l. 6. rem pup. ſalv.* actum rei non intelligere, *l. 5. de reg. jur.* Cæterum cum & hic, & iisdem illis locis proditum ſit, eum qui infantiæ proximus eſt, & ſtipulari & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere poſſe, quam qui proximus ſit pubertati, quantumvis id benigne receptum ſit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica ſalis accipienda eſt, quod ille ſcilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum, ille omnino non intelligat, quod agitur, hic non omnino. Nam ſi nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere poſſet, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda eſſet, quam in infante. Denique non alia ratione receptum eſt, ut ſeptennio major idemque infantiæ proximus ſponſalia contrahere, item ſine auctoritate tutoris incipere poſſidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diſerte teſtantur Juriſconſulti *l. 14. de ſponſal. l. 1. §. furioſus de acq. poſſ. l. quamvis 32. §. ult. eod. tit.*

Idem Iuris, quod pubertati proximi] ut ſcilicet ſtipulando aut aliter contrahendo ſibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere poſſint, *l. 5. de reg. jur.* Quod cum illis benigniter præſtitum dicatur, *l. 1. §. huic. proximus 13. de obl. & act. l. 9. de acq. her. & hoc text.* ſciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes eſt, ut adhuc infantiæ ſit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax eſt pubertati proximus, *l. pupillum 111. de reg. jur. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de ſepulch. viol. l. impuberem 23. de furt. l. 13. § 1. de dol. mal. Gomez. 3. reſol. 1. num. 57.* Et cum infantiæ proximus, cum remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane cauſa cum infante & furioſo, tanquam nullum intellectum habens, ponatur, de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cum quæritur an, non ſaltem pupillus ex contractu ſine tutoris auctoritate initio naturaliter obligetur. De quæſtione quid habendum ſit videamus. Et poſito eo, quod pupillus, 4
qui pubertati proximus eſt, jam intelligere, quod agitur, velle & conſentire natura poteſt, neminem dubitare oportet; quin ex conventione ſua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis ſit, actum rei intelligere, ac proinde conſentire poſſe, ſatis probant hic textus & ſupra citati loci, in quibus hoc ſolo intuitu infantiæ proximus ſeparatur à proximo pubertati; quod ille non intelligat, quod agitur, hic

hic intelligat; ille doli expers ſit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Juſtinianus pronuntiat, nullum eſſe eorum animi judicium, *§. 1. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt.* id quidem recte etiam dicitur de pubertati proximis ſed in re de qua ibi agitur, diſpoſitione teſtamentaria; in qua merito majus & ſolidius judicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere poſſe creditur. Sed & nonnullis locis expreſſe traditum eſt, pupillum (intellige ſemper adulto proximum) ſine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in *l. cum illud 25. §. 1. quand. dies leg. l. ſi pupillus 21. ad leg. Falc. l. Stichum 95. §. 2. de ſolut.* Idemque & effecta huic obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejuſſor acceptus pro eo, quod pupillus promiſit, teneatur; *l. ſi pupillus 127. de verb. obl.* quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in ſe ſuſcipiente, novetur *l. 1. in fin. de novat.* Ex quo corruit diſtinctio eorum, qui eo demum caſu pupillum ſine tutore naturaliter ex contractu obligari ſtatuunt, cum locupletior factus eſt. Nemo enim ex promiſſione ſua, aut ſuſceptione aliqua obligationis unquam fit locupletior. Deinde ſi ex geſtu aut contractu ſine tutoris auctoritate locupletior factus ſit pupillus, non naturaliter tantum, ſed etiam civiliter obligatur ex conſtitutione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locupletior factus eſt, detur, *l. 3. §. pupillus 4. de neg. geſt. l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* de quo caſu non poteſt intelligi *d. l. 127. de verb. obl. ubi vid. Don. num. 11.* Quod vero id, quod pupillus ita debet, compenſari aut ſolutum retineri non poteſt non eam rationem habet, quod nulla vere hic ſubſit obligatio: ſed quod perſonæ pupilli hoc tributum eſt, ne obligatio ei noceat. Plane, quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventione naſcitur, potiſſimum cernitur in jure compenſandi & ſoluti retinendi, *l. 6. de compenſ. naturales 10. de obl. & act.* in perſona autem pupilli obligatio eundem effectum non habet; inde fit, ut pupillo ſine tutoris auctoritate contrahente ſic aliquando loquantur Juriſconſulti, tanquam ne natura quidem iſto modo obligaretur, *l. quod pupillus 41. de cond. ind. l. pupillus 59. de obl & act.* habita inquam ratione perſonæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem conſenſus obligationi vis omnis detracta eſt, quatenus ipſi nocere poſſit: non autem conſiderata conditione obligationis, quaſi nulla omnino ſubeſſet: alioqui ne acceſſiones quidem admitteret; aliisve prodeſſe aut nocere poſſet. Si quis adhuc ſcrupulus hæret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione diſputamus *ſup. ad rubr de oblig. 5. & tract. de pact. c. 14.* Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui ſi curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione ſua obligentur, ita ut captis neceſſaria ſit in integrum reſtitutio. Enimvero ſi curatorem acceperint, conſenſum ejus adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio naſcitur, *l. 3. C. de in int. reſt. min.* cui è diametro obſtare videtur *l. puberes 101. de verb. obl.* niſi dicamus, verbum *ſuis* in *d. l.* generalem tantum reſpectum curatorum & adultorum, tanquam correlatorum, exprimere. Modeſtinus haud dubie Græce ſic ſcripſit, ἔφηβοι οἱ ἄνευ κηδεμόνων, &c. quod autem quidam eum locum reſtringunt ad ſponſalia aut nuptias, oppido quam ineptum eſt. DD. *in d. l. 3 & in d. l. 101.* mire variant in horum locorum conciliatione, *vid. d. c. 14. de pact.* Ubi *num 16.* probo ſententiam Tim. Fabri *anni verſ. diſput. 9.* verba *d. l. 101. puberes ſine curatoribus ſuis, &c.* ſic interpretantis, abſentibus curatoribus ſuis: puberes alibi verſantes ſine curatoribus, quos habent, &c. non utique ſine eorum conſenſu, ſed præſentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque intereſſe, quod tutor in ipſo negotio præſens eſſe, & ſtatim auctor fieri, debeat; *l. 9. §. penult. de auct. tut.* curatoris autem conſenſus etiam poſtea accedens, atque ejus etiam, qui præſens non fuit, ſufficiat.

Ne auctore quidem patre obligatur] Abſurdum videri poteſt, quod hic Juſtinianus & Juriſconſultus in *l. ult. §. 2. de verb. obl.* tradunt, impuberem filiumfam. quamvis infante majorem ne auctore quidem patri obligari, cum pupillus ex quo fari poſſe cœperit, obligetur auctore tutore. Sed ſciendum; tutoris & patris, pupilli & impuberis, qui in poteſtate eſt, diſſimilem eſſe rationem. Pupillus non tutori, ſed ſibi acquirit, placetque eum etiam ſine tutoris auctoritate contrahendo alios ſibi obligare: quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipſe invicem ſaltem tutore auctore obligari poſſit: cum alioqui nemo facile cum eo contracturus ſit. At qui in poteſtate patris eſt, non ſibi, ſed patri acquirit; non ad ſuam, ſed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde nunquam è re impuberis in poteſtate conſtituti eſſe poſſit, viciſſim obligari. Ideoque cum pater auctor eſſe non poſſit, ut filius ſibi acquirat, placet nec auctorem eſſe poſſe, ut filius obligetur. Quod ſi patri videbitur, è re ſua eſſe obligari, ipſe promittat. Plane, cum pater, non ut pater, ſed ut legitimus adminiſtrator bonorum filii adventitiorum conſideretur, auctoritatem filio impuberi accommodare poteſt, *l. ſi infanti 18. in fin. Cod. de jur. delib. l. ult. §. ſin autem 4. in fin. C. de bon. quæ lib. &c.* Et ita utimur.

TEXTUS.

TEXTUS.

De conditione impoſſibili.

10. Si impoſſibilis conditio ſtipulationibus adjiciatur, nihil valet ſtipulatio. Impoſſibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento eſt, quominus exiſtat; veluti ſi quis ita dixerit. Si digito cœlum attigero, dare ſpondes? *At ſi ita ſtipuletur,* Si digito cœlum non attigero, dare ſpondes? *pure facta obligatio intelligitur, ideoque ſtatim peti poteſt.*

NOTÆ.

Cui natura impedimento] Huic ſimilis eſt, quæ legibus ac bonis moribus contraria. *l. 15. de cond. inſtit. l. 26. & ſeqq. de verb. obl.*

Si digito coelum non attigero] Hæc ſtipulatio non continet condirionem impoſſibilem, ſed ἀναγκαῖόν τι. Nam cujus affirmatio eſt impoſſibilis, ejus negario eſt neceſſaria. Ariſt. *περὶ ἑρμ. cap. pen.* conſentiunt. JCti, *l. 7. & 8. eod.*

COMMENTARIUS.

1. Cujus affirmatio impoſſibilis, ejus negatio neceſſaria.

Ex defectu cauſæ efficientis ſeu conſenſus contrahentium eſt, quod hic docemur, ſtipulationem nullius momenti eſſe, quæ concepta eſt ſub conditione impoſſibili: nam qui ſub conditione quid promittit, is ſe obligari non vult prius quam conditio extiterit: unde fit, ut ſi defecerit conditio conſtetque, jam amplius eam exiſtere non poſſe, nihil actum aut promiſſum videatur. Idem ergo & maxime evenire neceſſe eſt, cum ſtipulatio facta eſt ſub conditione impoſſibili, quippe quam jam nunc ſtatim certum eſt defeciſſe, cum natura exiſtere non poſſit. Neque hoc ſolum in ſtipulationibus, *l. 1. §. item 11. de obl. & act. l. 7. l. ſtipulor. 35. de verb. obl.* ſed in cæteris quoque conventionibus locum habet; ſiquidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciſcentium ſpectanda, qui procul dubio nihil agi exiſtimant, cum conventioni apponitur ea conditio, quam ſciant eſſe impoſſibilem, *l. non ſolum 11. de obl. & act.* Aliud juris eſt in ultimis voluntatibus, quarum favore impoſſibilis conditio ſub colore mendi detrahitur, & pro non ſcripta habetur, *l. 1. de cond. inſt. vid. ſup. §. impoſſibilis 10. de her. inſt.*

Cui natura impedimento eſt] Impoſſibilis conditio proprie eſt, quæ in eum caſum confertur, cujus eventus natura prohibetur. Cæterum & eam non inepte impoſſibilem dixeris, quæ turpis eſt, & legibus ac bonis moribus contraria: quoniam nec illud fieri poſſe credendum eſt, quod leges & boni mores fieri prohibent, *l. filius 15. de cond. inſt.* & ſub tali quoque conditione facta ſtipulatio æque nullius momenti eſt, *l. generaliter 26. cum ſeq. l. ſi ſtipuler 35. §. 1. l. ſtipulatio 61. l. continuus 137. §. cum quis 6. de verb. obl.* De turpi ſtipulatione ſeparatim agitur inferius *§. quod turpi 26. hoc tit.*

Si digito cœlum non attigero] Impoſſibilitas conditionis non ex re, quæ in ea eſt, ſed ex eo, quod de ea re fieri debet, æſtimanda eſt. Nam quod fieri debet, ſi per rerum naturam fieri non poteſt, conditionem habet impoſſibilem: ſin poteſt, poſſibilem: quod ſi etiam fieri non poteſt, quin eveniat, neceſſariam. Itaque hæc ſtipulatio, *Si digito cælum non attigero, dare ſpondes?* non continet conditionem impoſſibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito cœlum tetigero*: ſed neceſſariam, & quam certum eſt exstituram eſſe. *Thom. in 4. diſtinct. 29. art. 3. q. 3.* Nam cujus affirmatio eſt impoſſibilis, ejus negatio eſt neceſſaria, ex regula Dialecticorum. *Ariſtot. de interp. cap. pen.* Ex quo porro intelligitur, ſola verborum figura hujusmodi ſtipulationes conditionales eſſe, revera non eſſe, ſed puras, *l. 9. §. 1. de novat.* ubi Juriſconſultus ſcribit, eum qui ſub conditione ſtipulatur, quæ omnino exritura eſt, pure ſtipulari videri. Et vero abſurdum eſſet, aut ſuſpendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipſo revera jam extitit, quod non poteſt non exiſtere. Recte igitur hic ait Juſtinianus, ſi talis conditio inferatur ſtipulationi, *Si digito cælum non attigero*, pure contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi poſſe. Conſentiunt Juriſconſulti in *l. 7. & l. 8. de verb. oblig.*

TEXTUS.

De abſentia.

11. Item verborum obligatio, inter abſentes concepta, inutilis eſt. Sed cum hoc materiam litium contentioſis hominibus præſtabat, forte poſt tempus tales allegationes opponentibus, & non præſentes fuiſſe vel ſe vel adverſarios ſuos contendentibus: ideo noſtra conſtitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta eſt, quam ad Cæſarienſes advocatos

ſcripſi

ſcripſimus; per quam diſpoſuimus, tales ſcripturas, quæ præſto eſſe partes indicant, omnino eſſe credendas, niſi is, qui talibus utitur improbus allegationibus, manifeſtiſſimis probationibus, vel per ſcripturam, vel per teſtes idoneos, approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur inſtrumentum, ſeſe vel adverſarium ſuum in aliis locis fuiſſe.

NOTA.

Toto eo die, &c.] Igitur quod dicitur, factum negantis per rerum naturam probationem nullam eſſe, *l. 23. C. d. t.* non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumſcriptum eſt; cujus negatio per indirectum probari poteſt, *d. l. 14. C. de contr. ſtip.* Quintil. *lib. 5. c. 6. & 7.* Ariſtot. Rhet. *ad Alex. c. 14.*

COMMENTARIUS.

1. Explicatur l. 17. de donat. int. vir. & ux.
2. Summa conſtit. in l. 14. C. de contr. ſtip.
3. Probatio negativa arctata loco & tempore.

INter abſentes concepta inutilis eſt] Si ſtipulatio confici non poteſt, ut aliquoties dictum eſt, niſi utroque loquente & altero alterum audiente, perſpicuum eſt, abſentem non magis, quam mutum aut ſurdum, ſtipulationem contrahere poſſe, *l. 1. pr. de verb. obl. l. 3. C. hoc tit.* Non adverſatur Paulus in *l. ea quæ 57. de don. inter vir. & uxor.* ubi profert epiſtolam, qua continetur ſponſio abſenti viro ab uxore abſente miſſa: intelligi enim debet ſtipulationem antea inter præſentes conjuges interpoſitam fuiſſe, ut eſt lex & conditio ſtipulationis, cujus inter præſentes interpoſitæ cautio literis illis uxoris contineatur. Abſentes varie pro loco dicuntur: hic ſunt, qui invicem audite non poſſunt, *d. l. 1. de verb. obl.*

Propter celeritatem dirimendarum litium] Cum ex eo, quod non niſi inter præſentes ſtipulatio fieri poteſt, occaſionem litis caperent homines contentioſi, objiciendo, ſe vel adverſarium ſuum, quo die ſtipulatio celebrata dicitur, abſentes fuiſſe, nec ſatis expeditum eſſet, actorne ſtipulationem factam eſſe affirmans, partium præſentiam, an reus factam negans, ſuam vel adverſarii abſentiam probare deberet, Juſtinianus hujusmodi litium materiam conſtitutione ſua amputavit, quæ extat in *l. optimam 24. Cod.*
2 *de cont. ſtip.* Voluit fidem haberi ſcripturæ, idoneæ nempe ad probandū, qua continetur, partes præſentes fuiſſe, niſi qui contradicit, manifeſto oſtendat per ſcripturam vel teſtes omni exceptione majores, ſe vel adverſarium toto eo die alibi fuiſſe, vel, quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egiſſe, ut illo tempore in loco, quo inſtrumentum confectum dicitur, eſſe non potuerit. Itaque in hoc quidem utile eſt, locum & diem inſtrumento inſeri. Debet vero illa probatio, ſive per inſtrumentum ſive per teſtes fiat, aliquanto potentior eſſe ſcriptura ex adverſo prolata, ut judici fidem faciat. Per *l. precibus 18. C. de probat. DD. ad d. l. optimam, C. de contr. ſtip.*

Scripturas tales eſſe credendas] Id eſt, veras eſſe præſumendum. Quæ tamen præſumptio non eſt juris & de jure ut loquuntur, cum adverſus eam admittatur contraria probatio: ſed juris tantum. Atque hanc pro inſtrumento præſumptionem interpretes appellant præſumptionem veritatis, eo quod verum eſſe præſumitur & creditur, quod in inſtrumento ſcriptum eſt, donec contrarium probetur. Eſt enim pro inſtrumento & alia præſumptio, quæ dicitur ſolennitatis. De qua *inf. §. ſi ſcriptum 16.*

Toto eo die, quo conficiebatur inſtrumentum] Facti, quod tempore & loco circumſcribitur, negatio probari poteſt, veluti ſi, quod me Lugduni promiſiſſe, aut mihi numeratum fuiſſe dicitur Calendis Januariis, id me promiſiſſe aut mihi numeratum eſſe negem, quia eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam eſſe, *l. actor. 23. Cod. de probat. l. 10. Cod. de non num. pec.* id verum eſt, quatenus ſolum negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod ſi quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per neceſſariam conſequentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur: quanquam ne ſic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, ſed quatenus affirmat tantum. *D. D. in d. l. actor. Cod. de prob. Duar. cap. 4. de probat. in poſt. comment. Donell cap. 4. de probat. Quintil lib. 5. cap. 6. & 7.*

TEXTUS.

De ſtipulatione poſt mortem, vel pridie quam alter contrahentium moriatur.

12. Poſt mortem ſuam dari ſibi nemo ſtipulari poterat, non magis quam poſt mortem ejus, à quo ſtipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus poteſtate eſt, poſt mortem ejus ſtipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & ſi quis ita ſtipuletur, Pridie quam mori-

ar. *vel*, Pridie quam morieris, dare ſpondes? *inutilis erat ſtipulatio. Sed cum, ut jam dictum eſt, ex conſenſu contrahentium ſtipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum neceſſariam inducere emendationem, ut ſive poſt mortem, ſive pridie quam moriatur ſtipulator, ſive promiſſor, ſtipulatio concepta ſit, ſtipulatio valeat.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur ſtipulationes hic propoſitæ olim pro inutilibus habitæ.*
2. *Qua ratione motus Iuſtinianus jus vetus mutarit.*

1 OLim nemo ſtipulari poterat poſt mortem vel ſuam vel promiſſoris ſibi dari: cujus rei hæc una & vera ratio eſt, quod ita jus erat, ut obligationes & actiones, quæ non cœperant à defuncto vel contra defunctum, à perſona hæredis vel contra eum non inciperent: quaſi in his nec defunctum repræſentaret: eandemque ob cauſam etiam poſt mortem hæredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. *poſt mort. 35. ſup. de legat.* Exceptio hujus regulæ videtur in mandato poſt mortem, *l. 12. in fin. cum l. ſeq. mandat.*

Pridie quam moriar] Putaverunt veteres hanc ſtipulationem, *Pridie quam moriar*, aut *Pridie quam morieris, dabis?* incidere in ſpeciem præcedentem, cum quis poſt mortem aut ſuam aut promiſſoris ſtipulatur, propterea quod illud pridie certo ſciri ac definiri non poteſt, niſi poſt reorum mortem. Qua de cauſa hujusmodi quoque legatum, *pridie quam hæres aut legatarius morietur*, inutile eſſe cenſebant, *d. §. poſt mortem. ſup. de legat.*

Placuit nobis, in hunc juris articulum] Juſtinianus ſcrupuloſam hanc juris veteris ſubtilitatem ſuſtulit conſtitutione ſua, quæ extat in *l. ſcrupuloſam 11. C. de contr. ſtip.* ut jam & ſtipulatio in tempus, poſt mortem aut in aut ante diem mortis tam ſtipulatoris quam promiſſoris, concepta valeat, & poſt mortem hæredis vel legatarii, aut pridie quam morientur liceat legare. Idem alia conſtitutione in univerſum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque obligationes & actiones etiam ab hæredibus & contra

2 hæredes incipere poſſe, *l. unic. C. ut act. ab hær.* In hujus juris mutatione ait ſe reſpexiſſe non ad conceptionem verborum, ſed ad ſententiam & mentem contrahentium, quaſi qui ſtipulatur, poſt mortem ſuam ſibi dari, non debeat exiſtimari tam ſtultus, ut ſibi ipſi in id tempus ſtipuletur, ſed hoc perinde ſit accipiendum, ac ſi poſt mortem ſuam ſtipulatus eſſet hæredi ſuo, in cujus perſona quodammodo adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt ſtipulationem pactam in tempus poſt mortem ſtipulatoris aut promiſſoris veteribus ipſo genere habitam fuiſſe pro impoſſibili, eo quod nec dare mortuus nec accipere poſſit. Sed hac ratione efficitur, ut & hæc quoque ſtipulatio, *cum moriar*, vel *cum morieris, dabis?* apud veteres inutilis fuerit, contra §. *ita autem 14. inf. eodem*, & tale legatum, *Hæres meus poſt mortem ſuam Titio centum dato*, utile, arg. eorum quæ notavimus ad calcem §. *loca 5. ſup. de verb. obl. & ad §. impoſſibilis 10. ſup. de hæred. inſtit.*

TEXTUS.

De ſtipulatione præpoſtera.

13. *Item ſi quis ita ſtipulatus erat, ſi* navis cras ex Aſia venerit, hodie dare ſpondes? *inutilis erat ſtipulatio, quia præpoſtere concepta eſt. Sed quum Leo inclytæ recordationis in dotibus eandem ſtipulationem, quæ præpoſtera nuncupatur, non eſſe, rejiciendum exiſtimaverit, nobis placuit & huic perfectum robur accommodare, ut non ſolum in dotibus, ſed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio ſtipulationis.*

COMMENTARIUS.

STipulationes hoc modo aut ſimili conceptæ, *ſi navis cras venerit, hodie dare ſpondes?* præpoſteræ dictæ ſunt: quoniam qui ita ſtipulatur, filiam vult naſci ante matrem, id eſt, obligationem conſtitui ante eventum conditionis; quod eſt ὕστερον πρότερον, cum in omni ſtipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, §. 4. *ſup. de verb. obl.* Itaque hujusmodi conceptiones, ut futiles, & manifeſtam contradictionem implicantes, veteribus improbatæ ſunt. Unde dubitatum eſt de ſtipulatione concepta hoc modo, *ſi Titius conſul factus fuerit? tum ex hac die in annos ſingulos dona dari ſpondes*, num & ipſa præpoſtere concepta videri debeat. Sed præpoſteram non eſſe, indicat particula, *tum*, quæ refertur ad tempus exiſtentis conditionis, ut tota obligatio & datio à conditione pendeat, licet retro habita

bita

bita ratione præteriti temporis tunc cum conditio extiterit, dari oporteat, *l. hujusmodi 64. de verb. oblig.*

Si navis cras ex Aſia] Ita & Th. *ἐὰν ἡ ναῦς ἀνέλθῃ ἀπὸ Ἀσίας.* Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clarior fit præpoſteratio. *Pac.*

Sed quum Leo inclyta recordationis] Cum præpoſteræ ſtipulationes in dotibus à Leone admiſſæ eſſent, Juſtinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis ſtipulationes valere ſtatuit. Cumque ut valeant, neceſſe ſit aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura ſit obligatio; aut præſentis temporis mentionem, ut tota ſit conditionalis inve diem: poſterius Juſtiniano placuit; ut ſcilicet perinde valeant, quaſi vel in diem vel ſub conditione tantum conceptæ eſſent, ac proinde exactio usque ad diei aut conditionis eventum differretur, *l. præpoſteri. 25. C. de teſt.*

TEXTUS.

De ſtipulatione collata in tempus mortis.

14. Ita autem ſtipulatio concepta, veluti ſi Titius dicat, cum moriar, dare ſpondes? *vel* cum morieris, *& apud veteres utilis erat, & nunc valet.*

15. Item poſt mortem alterius recte ſtipulamur.

NOTÆ.

14. Cum moriar, cum morieris] Hæ formulæ ſemper probatæ fuerunt, *l. 45. §. 1. & pen. de verb. obl. l. 17. de cond. ind.* etiam in legatis, *l. 1. §. 2. l. 79. §. 1. de cond. & dem.* Ulp. *tit. 24. §. 15.* ſcil. auctores noſtri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adſcribunt, *l. 18. §. 1. de man. teſt.* Cujac. *3. obſ. 34.* qua de re olim quæſitum. Gell. *6. c. 13.*

15. Post mortem alterius] In hac formula, *poſt mortem Titii dare ſpondes?* aperte ceſſat ratio, ob quam placebat ſtipulationem poſt mortem contrahentium conceptam non valere: ideoque nunquam improbata fuit.

COMMENTARIUS.

Auctores noſtri ex ſententia quorundã philoſophorum (*vid. Gell. lib. 6. c. 13.*) momentũ moriendi vitæ potius, quam morti dandũ cenſuerunt: cui conſequens eſt, ut etſi quæ in tempus poſt mortem non recte conferuntur, recte tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ, *cum moriar*, vel *cum morieris, dare ſpondes?* ſemper probatæ fuerunt, *l. quodcumque §. 1. & pen. de verb. obl.* uti & legatum hujusmodi, *cum hæres morietur, l. hæres 79. §. 1. de cond. & dem. Ulp. tit de legat. §. poſt mortem 15.* Neque obſtat hic regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere: nam cum momentum moriendi non morti; ſed vitæ attribuatur, obligatio & actio in caſu propoſito à defuncto aut contra eum, incipere intelligitur; indeq; ad hæredem transmitti: quemadmodum & conditiones quædam ſunt, quæ extremo vitæ momento implentur, *l. ult. de conſt. inſt. add.* quæ ſcripſimus ad *§. poſt mortem 35. ſup. de legat.* Hoc autem jure poſito, poſſe quemque ſibi ſtipulari, cum morietur admittendum fuit, ut etiam qui in aliena poteſtate ſunt, eodem modo ſibi ſtipulari poſſint, ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erunt poteſtate, cum morientur, *l. quodcumque 45 §. 1. de verb. obl.*

Poſt mortem alterius] Stipulatio quoque hoc modo concepta; *Poſt mortem Titii dare ſpondes?* nunquam improbata fuit: nimirum quia & hic ceſſat ratio, ob quam placebat ſtipulationes in tempus poſt mortem contrahentium conceptas non valere. Quæritur autem quid hic futurum ſit, ſi ſtipulator ante Titium moriatur? Reſpondet D. Bachovius, ſpem debitum iri in hæredem ſtipulatoris transmitti, ut juris eſt in ſtipulatione conditionali, *§ 4. ſup. de verbl. obl.* Ego vero didici, diem adjectum, quem certum eſt exiturum eſſe, etſi ignoretur quando, in contractibus conditionem non facere, neque hujusmodi ſtipulationes, *cum moriar, cum morieris, cum Titius morietur*, jure conditionalium cenſeri, ut obligationem differant; ſed eundem effectum habere, quem habent conceptæ in diem certum, ut ſtatim in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur, ſed peti tantum antequam dies veniat non poſſit, *§. 2. ſup. d. tit. l. 79. de cond. & dem.* Itaque in propoſito dicendum eſt, non nudam ſpem debitum iri ad hæredem ſtipulatoris transmitti; ſed transmitti debitum ipſum atque obligationem, quæ ſtipulatori ſtatim quæſita fuit.

TEXTUS.

De promisſione ſcripta in inſtrumento.

16. Si ſcriptum in inſtrumento fuerit, promiſiſſe aliquem, perinde habetur, atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit.

COMMENTARIUS.

PRo inſtrumento duplex præſumptio eſt: una, quæ dicitur veritatis, propterea quod verum eſſe creditur, quod ſcriptum eſt, niſi contrarium manifeſte doceatur. §. *item ſup.* §. *eod.* altera, quam appellant præſumptionem ſolemnitas; quoniam ſi de re aliqua, quæ certas ſolennitates jure deſiderat, ſcriptum ſit in inſtrumento, eam interveniſſe, etſi expreſſum non ſit, geſtam eam eſſe adhibitis iis ſolemnitatibus, quæ jure requiruntur, tamen hoc ipſum intelligitur, omniaque creduntur ſolemniter acta, *l. ſciendum 30. de verb. obl.* Veluti ſi ſcriptum ſit in inſtrumento promiſiſſe aliquem, perinde hoc haberi placet, ac ſi ſcriptum eſſet, interrogatione præcedente reſponſum eſſe. *l. Titia. 134. §. 2 de verb. obl. l. 1. C. de contr. ſtip. Paul. 5 ſent. 7.* unde hic locus deſcriptus videtur. Item ſi ſcriptum ſit, fidejuſſiſſe aliquem præſumitur, id factum rite atque utiliter, interpoſita ſcilicet ſtipulatione, § *ult. tit. ſeq.* Cæterum adverſus hoc quoque genus præſumptionis contrariam admitti probationem, verius eſt, *l. jurisgentium 7. §. quod fere 12. de pact. Donell. ad d. l. ſciendum 30. de verb. oblig.*

TEXTUS.

De pluribus rebus.

17. *Quoties plures res una ſtipulatione comprehenduntur, ſiquidem promiſſor ſimpliciter reſpondeat*, Dare ſpondeo, *propter omnes tenetur. Si vero unam ex his, vel quaſdam, daturum ſe ſpoſponderit, obligatio in iis pro quibus ſpoſponderit, contrahitur. Ex pluribus enim ſtipulationibus una vel quædam videntur eſſe perfectæ: ſingulas enim res ſtipulari, & ad ſingulas reſpondere, debemus.*

NOTÆ.

17. *Propter omnes tenetur*] Sive univerſæ verbo collectivo in ſtipulatum deductæ ſint, veluti. *Quadrigam illam dare ſpondes?* ſive nominatim ſingulæ, veluti, *Stichum, Pamphilum & Erotem dabis?* ubi tot ſtipulationes ſunt, quot ſpecies. Ratio eſt, quia indefinita reſponſio pro univerſali valet, §. 5. *ſup.* add. *l. 29 l. 86. de verb. obl. l 32 de evict.*

Pro quibus ſpoſponderit] *l. 83. §. 4. de verb. obl.* Aliud eſt, ſi quis ſtipulante me Stichum aut Pamphilum disjunctim, unum ſe daturum reſpondeat, *d. l. 83. §. 2.* quia ille ſimilis eſt ei, qui ſtipulanti ſub conditione pure promittit, mutata forma interrogationis, *v. ſup. §. 5.*

Et ad ſingulas reſpondere] Quatenus ſc. præſtatione adſtringi volumus: neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

COMMENTARIUS.

1. *Cur cum plures res nominatim in ſtipulatum deducuntur, dubitatum, an promiſſor ſimpliciter reſpondendo in omnes teneatur.*
2. *Intereſſe utrum plures res conjunctim an disjunctim in ſtipulationem deducta.*
3. *Hotomanni emendatio improbata.*

RES plures duobus modis una conceptione in ſtipulatum deducuntur: vel nominatim, ut verbis ſtipulationis ſingulæ exprimantur, veluti, *Stichum & Pamphilum dare ſpondes? Decem & quindecim dabis: Servum fugitivum non eſſe, erronem non eſſe, furem non eſſe, ſpondes?* vel collectim, ut verbo uno generali ſive communi res plures ſignificentur, ut, *Summam illam,* aut *Acervum illum pecuniæ dabis? Quadrigam,* aut *Familiam,* aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur eſſe ſtipulationes, tot videlicet, quot ſunt ſummæ aut res in ſtipulatum deductæ; hic ut una conceptio, ita quoque ſtipulatio una, *l. ſcire 29. l. quod dicitur. 86. de verb. obl. quia dicitur 32. de evict.* Excipe ſpeciem *l. Titia 134. §. ult. de verb. obl.* De poſteriore ſpecie nullum dubium 1
eſt, quin promiſſore ſimpliciter reſpondente. *Dabo,* obligatio recte conſtituta ſit. De priore autem dubitari poterat, an una ſimplex & indefinita reſponſio promiſſorem in res omnes quæ expreſſæ ſunt, obligaret: quoniam cum, uti dictum eſt, plures hic intelliguntur eſſe interrogationes, plures quoque reſponſiones ad perficiendam ſtipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hic reſponſionem ſufficere: quippe ſimpliciter reſpondendo. *Dabo,* ita promiſſorem reſpondere videri, ut ſtipulator verba concepit & quaſi præivit, §. *præterea ſup. eod.* Itaque intelligendum eſt, etiam in illa reſponſione plures eſſe reſponſiones. Extat apud Livium *lib. 1.* deditionis Collatinorum hæc formula; *Deditisne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utenſilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.*

In iis pro quibus reſponderit] Nam ubi plures ſunt ſtipulationes, illæ cenſentur perfectæ, ad quas reſponſum eſt: verbi cauſa, ſi ego ſtipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his ſpoſponderis, teneris in hunc unum: quia ad unam ex duabus ſtipulationibus videris reſpondiſſe, *l. inter 83. §. 4. de verb. obl.* Diverſa cauſa eſt rerum plurium disjunctim in 2
ſtipulationem deductarum; veluti ſi ſtipulante me

Stichum

Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum ſpoſponderis: hic enim quia mutata qualitate ſtipulationis reſpondes, pure promittens, quod ſub conditione ſtipulatus ſum, vitiatur tota obligatio, *d. l. inter. §. 2. junct. l. 1. §. 3. eod.* In pluribus tamen ſummis hic quod minus eſt ſponderi intelligitur, *d. l. inter. §. 3. dixi ſup. §. præterea hoc tit.*

3 *Et ad ſingulas reſpondere debemus*] Siquidem in res omnes : de quibus interrogati ſumus, obligari volumus: alioqui ſi ad quaſdam duntaxat reſpondeatur, obligatio in his tantum contrahitur, ad quas reſponſum eſt; in cæteris manet ſtipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci ſententia eſt, non usque adeo obſcura; ut probare non poſſim emendationem ~~Hotomanni, qui~~ ſic legendum exiſtimat, *non ad ſingulas reſpondere debemus.*

TEXTUS.

De pœna adjecta ſtipulationi, alii dari.

18. *Alteri ſtipulari (ut ſupra dictum eſt) nemo poteſt. Inventæ enim ſunt hujuſmodi ſtipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat ſibi quod ſua intereſt: Cæterum ſi alii detur, nihil intereſt ſtipulatoris. Plane, ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conveniet, ut niſi ita factum ſit, ut eſt comprehenſum, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei, cujus nihil intereſt. Pœnam enim cum ſtipulatur quis, non illud inſpicitur, quod interſit ejus, ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis. Ergo ſi quis ita ſtipuletur*, Titio dari? *nihil agit. Sed ſi adjecerit pœnam.* Niſi dederis, tot aureos dare ſpondes? *tunc committitur ſtipulatio.*

NOTA.

NIHIL INTEREST STIPULATORIS] Pecuniariter ſc. Affectioni autem tantum tributum non eſt, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam inutili ſtipulationi pœnalem ſubjectam valere.*
2. *Pœnam committi etiam ei, cujus nihil intereſt.*
3. *Quantacumque pœna promiſſa ſit, tantam deberi.*
4. *Citramontanorum circa hunc articulum reſtrictio.*

QUi alteri dari aut fieri ſtipulatur, neque ſibi obligationem aut actionem acquirit, quia ſibi ſtipulatus non eſt; neque alteri, quia hoc pugnat cum fine ſtipulationum, omniumque obligationum: quippe quæ ad hoc jure civili conſtitutæ ſunt, ut unusquisque acquirat ſibi, quod ſua intereſt: ut vero alii detur, nihil intereſt noſtra, *hoc text. & l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. de verb. obl.* Inſumma, qui alii dare ſtipulatur, nihil agit: qua de re dictum copioſe adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum ſub *§. 4. ſup. eod.* Cæterum quia ſæpe ad affectionem & votum noſtrum pertinet, alteri, cui cautum volumus, dari, oſtenditur hoc loco & apud Jurisconſultum ratio, qua quod alteri ſtipulando recta conſequi non poſſumus, id obliqua via conſequamur, aut certe non minus nobis conſulatur. Ea eſt, ut, ſi quis alteri dari aut fieri ſtipulatus, velit hoc fieri, pœnam ſtipuletur, ſi ita factum non erit, uti cautum eſt: ſic enim futurum eſt, ut metu pœnæ promiſſor faciat, quod promiſit, cum ſi id ita factum non ſit, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei, cujus nihil intereſt.

Pœnam ſtipulari conveniet] Tria hoc loco & *d. l. ſtipulatio, §. alteri,* de pœnali ſtipulatione ſtatui animadvertere poſſumus. Primum pœnam utiliter nos poſſe ſtipulari etiam tunc, cum ſtipulatio, cui pœna ſubjicitur, jure non valet. Deinde pœnam exiſtente conditione deberi & peti poſſe, etſi ſtipulantis non interſit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine ſubjecta erat pœnalis ſtipulatio. Poſtremo quantacumque pecunia pœnæ nomine promiſſa erit, tantam deberi. Quæ an vere omnia dicantur, videndum eſt. Adverſus primum objici poteſt, quod pœnæ ſtipulatio videtur pendere ex priore, cui ſubjicitur, ejusq; eſſe acceſſio quædam & ſequela, ideoque priore non conſiſtente & ipſam conſiſtere non poſſe; cum ſine re principali acceſſione locus eſſe nequeat. Argumento eſſe, quod ſtipulatio pœnæ non committitur, quæ ſubjecta eſt ſtipulationi impoſſibili, aut rei turpis, *l. ſi ſtipulatio 61. l. ſi homo 69. de verb. obl.* Reſpondeo, verum non eſt, quod hic aſſumitur, pœnalem ſtipulationem eſſe acceſſionem prioris, ſed æque atque illa principalis eſt, ut nihil prohibeat, quominus ſubjecta pœnalis ſtipulatio utilis ſit, licet prior, cui ſubjicitur, ſit inutilis; cum nunquam una ſtipulatio, quæ per ſe utilis eſſe poteſt, per aliam inutilem vitietur, *l. 1. §. penult. eodem.* Quod vero impoſſibili aut turpi ſtipulationi ſubjecta pœnæ ſtipulatio & ipſa inutilis eſt, non ex eo fit, quod pœnalis ſtipulatio eſt acceſſio ejus, cui ſub-

ſubjicitur, ſed quia hic eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe ſubjecta impoſſibili & ipſa impoſſibilis habetur, turpi ſubjecta & ipſa turpis, utpote delicti invitandi cauſa ſubjecta. Neque vero pecunia dari poteſt, ut pœna, ubi non præſtat promiſſor quod natura aut jure præſtare non poteſt, *argum. l. aliud eſt fraus 131. de verb. ſign. Donell. ad d. l. ſi homo de verb. oblig.* Alterum quod hic diſcimus, eſt, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil intereſt; intellige cujus nihil intereſt alteri dari aut fieri: utique enim pœnam conſequi intereſt ſtipulatoris, quam ſibi, non alteri ſtipulatus eſt. At, inquis, etiam ut alteri detur, poteſt noſtra intereſſe, utique ex affectione: ſic enim ſcribit Juriſconſultus *in l. 7. de ſerv. export. Beneficio affici hominem, hominis intereſt.* Reſpondeo, proprie id, quod intereſt, ſignificat, quod noſtra intereſt pecuniariter: ſic enim definitur, *quantum nobis abeſt, quantumque lucrari potuimus, l. 13. ratam rem hab.* Non lucramur, non conſequimur, niſi quod pecuniam noſtram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abuſive dici intereſſe noſtra, cum ex ſola affectione intereſt: cui affectioni tantum jure tributum non eſt, ut propter eam
3 extraneo obligationem acquiramus. Poſtremum eſt, quod quantacumque pœna fuerit tanta debeatur & peti poſſit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali ſtipulatione non inſpici, quod interſit, ſed quæ ſit quantitas & conditio ſtipulationis, hoc eſt, id ſolum, quanta pecunia in ſtipulatum deducta ſit, & utrum conditio pœnæ extiterit, necne: quorſum, niſi ut ſi extiterit conditio, ea pecunia, quantacumq; ſit, præſtetur? Igitur etſi duplo, triplo aut etiam quadruplo plus comprehenſum ſit ſtipulatione pœnali, quam efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit, valebit nihilominus ſtipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus conſtitutus eſt, ut ne excedant quadruplum. *§. omnes 21. inf. de actionibus.* ita & conventionalibus: ſed has unuſquiſq; voluntate ſua ſibi imponit, dum pro commodo ſtipulantis quid, futurum eſſe paciſcitur, *fac. §. ultim. ſup. de verb. oblig. l. ultim. de ſtipul. prat.* Non obſtat quod conſtitutum eſt, ne promiſſor ultra duplum periculum ſubeat, *l. unic. C. de ſentent. quæ pro eo quod int. prof.* Quantumcumque enim eſt, quod in ſtipulatione pœnali promittitur, ſimplum tantum eſt, non duplum, triplum, &c. alterius rei, cum ad id quod intereſt, aut alterum ſimplum non referatur. *Donell. lib. de eo quod int. circa fin. & in d. l ſtipulatio §. alter. n. ult.*
4 Cæterum hanc ſententiam Citramontani exiſtimant tunc ſolum procedere, cum pœnali ſtipulatione certa quantitas expreſſa eſt; ſecus autem eſt, ſi, ut loquuntur, pœna fuerit promiſſa per nomina multiplicativa, veluti *Tabulam mihi pingere ſpondes? Si non pinxeris, triplum,* aut *quintuplum dare ſpondes?* Hic volunt, pœnam reduci ad id, quod intereſt; quia manifeſte ad priorem ſtipulationem fit relatio, neque aliud triplum aut quadruplum &c. conſiderari poteſt, quam ſimpli ejus, quod in priorem ſtipulationem deductum fuit: itaque non poſſe ultra duplum exigi, per *d. l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int.* aut certe non poſſe ultra quadruplum pœnam extendi, per *l. ſi dictum 56. de evict.*

Tunc committitur ſtipulatio] Id eſt, tunc committi poteſt, videlicet ſi non dederis. Nam committi tum demum ſtipulatio conditionalis dicitur, cum conditio extiterit, & pecunia deberi cœpta eſt, *§. ſub conditione ſup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Si interſit ejus, qui alii ſtipulatur.

19. Sed & ſi quis ſtipuletur alii, cum ejus intereſſet, placuit ſtipulationem valere. Nam ſi is, qui pupilli tutelam adminiſtrare cœperat, ceſſerit adminiſtrationem contutori ſuo, & ſtipuletur rem pupilli ſalvam fore, quoniam intereſt ſtipulatoris fieri, quod ſtipulatus eſt, quum obligatus futurus ſit pupillo, ſi male res geſſerit, tenet obligatio. Ergo & ſi quis procuratori ſuo dari ſtipulatus ſit, habebit vires ſtipulatio. Et ſi creditori ſuo quis ſtipulatus ſit quod ſua intereſt, ne forte vel pœna committatur, vel prædia diſtrahantur, quæ pignori data erant, valet ſtipulatio.

NOTÆ.

19. CUM EIUS INTERESSET] *d. l. 38. §. 20.* Ratio perſpicua, quia tum non tam alteri, quam ſibimetipſi ſtipulari videtur, *l. 118. §. ult. eod.* Ideoque & ſibi actionem acquirit, non ei, cujus in perſonam ſtipulatio collocata.

SI MALE RES GESSERIT] Alii, *ceſſerit*, ut & apud Ulp. *d. l. 38. §. 20.* unde hæc tranſcripta.

OBLIGATUS FUTURUS SIT PUPILLO] Nam qui tutelæ adminiſtrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, *l. 3. §. 2. de adm. tut.*

PROCURATORI SUO] Quia procuratori dari poteſt intereſſe ſtipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo expoſuit.

COMMENTARIUS.

CUm *ejus intereſſet*] Cum dicimus, eum, qui alii dari ſtipulatur, nihil agere, duo dicimus, nimirum ex ejuſmodi ſtipulatione neque ei, in quem

collata

-collata eſt, obligationem ullam acquiri, neque acquiri ſtipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus, & caſus quoſdam, quibus ex ſtipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus perſonam ſtipulatio collata eſt, *in explicatione* §. 4. *hoc tit.* Hic poſterioris partis exceptio proponitur, & tres caſus ſive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dari ſtipulatus eſt, ſibi actionem acquirit. Exceptio hic una & generalis eſt, niſi ſtipulantis intereſſit alteri dari, *l. ſtipulatio 38. §. ſi ſtipuler. 20. de verb. oblig.* cujus exceptionis ratio perſpicua & facilis eſt: quoniam cum noſtra pecuniariter intereſt alteri dari, tum non tam alteri quam nobismet ipſis ſtipulati videmur, *liber homo 118. §. ult. eod.*

Qui pupilli tutelam adminiſtrare] Exemplum primum. Qui tutelæ adminiſtrationem contutori ceſſit, recte ab eo ſtipulatur rem pupilli ſalvam fore, *d. l. ſtipulatio §. ſi ſtipuler.* ubi Marcellus ait, valere hanc ſtipulationem, obligationemque parere ſtipulatori quia ſtipulatoris intereſt fieri, quod ſtipulatus eſt: quippe qui periculum & exitum illius adminiſtrationis præſtet. Etenim qui tutelæ adminiſtrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, ſed pupillo, ſi male res geratur, obligatus manet, *l. 3. §. 2. de admin. tut.*

Si quis procuratori ſuo] Exemplum ſecundum. Si quis procuratori ſuo dari ſtipulatus eſt, valet ſtipulatio: ob eandem ſcilicet cauſam, qui procuratori dari poteſt intereſſe ſtipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo expoſuerat, quam actione mandati teſtituere tenebatur.

Si creditori ſuo] Exemplum tertium. Si quis creditori ſuo dari ſtipuletur, recte ſtipulatur, cum ejus interſit, puta ne vel pœna, ſub qua pecuniam certa die debebat, committatur, vel bona diſtrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram diſtrahi poterant, *d. l. ſtipulatio, §. unde 23. d. l. liber homo §. ultim. eodem.* Sunt & aliæ perſonæ, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri, *vid. ſup. §. 4. num. 2. eod.*

TEXTUS.

De pœna adjecta promiſſioni facti alieni.

20. *Vice verſa qui alium facturum promiſit, videtur in ea eſſe cauſa, ut non teneatur, niſi pœnam ipſe promiſerit.*

COMMENTARIUS.

FActi alieni ſtipulationem inutilem eſſe, & cur inutilis ſit, audivimus *ſup. §. 3. eod.* Cæterum etiam hic remedium ſtipulanti in pœna paratum eſt, qua adjecta ſi alius non dederit fecceritve, committitur ſtipulatio, ex qua promiſſor ſuo nomine recte convenitur. Licet etiam hic quanti ea res eſt ſtipulari, *l. ſtipulatio 38. §. 1. & 2. de verb. obl.* Sunt qui promiſſorem factum alienum ſub pœna promittentem excuſandum à pœna cenſent, ſi omnia humana expertus, ut is, de quo promiſit, faceret, nihil promoveat. Sed aſſentior iis, qui contra ſentiunt, *arg. l. ſancimus 26. C. de fidejuſſ. d. l. ſtipulatio §. 2. & hujus text.* Quin ob hoc ipſum auxilio pœnæ uti leges ſuadent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præſtandi difficultas, ut adeo nec omnino culpa careat, qui promittit, quod prævidere potuit forte præſtitum non iri, *arg. l. 7. §. 1. qui ſatisd. cog.* atque ob hanc ipſam difficultatem promiſiſſe videtur id, quod in poteſtate ſua habet, hoc eſt, pœnam, *vid. Fachin. 3. contr. 20. Diod. Tuld. in comm. hic cap. 5.*

TEXTUS.

De re ſtipulantis futura.

21. *Item nemo rem ſuam futuram, in eum caſum, quo ſua ſit, utiliter ſtipulatur.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum ſtipulatio ab initio non conſiſtit, ſi quis rem ſuam ſibi dari ſtipuletur, & ſtipulatio rei alienæ evaneſcit, ſi ea res antequam traderetur, ex alia cauſa jam facta ſit ſtipulatoris: §. 2. *ſup. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis eſt ſtipulatio rei alienæ concepta in eum caſum, quo noſtra futura eſt: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non poſſumus, *§. ſic itaque 14. inf. de act.* & tralatitium eſt, actum in id tempus inutiliter conferri, quo pure inutiliter fieret, *l. 4. C. de don. ante nup.*

TEXTUS.

De diſſenſu.

22. *Si de alia re ſtipulator ſenſerit, de alia promiſſor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac ſi ad interrogatum reſponſum non eſſet: veluti ſi hominem Stichum à te quis ſtipulatus fuerit, tu de Pamphilo ſenſeris, quem Stichum vocari crediderıs.*

NOTÆ.

TU DE PAMPHILO] Hic non ſimplex in nomine error eſt, ut putat Schol. Th. ſed etiam in re, quia nec de corpore conſiſtit. Error vero in ſolo nomine,

mine, cum de perſona aut re ipſa conſtat, de conſenſu nihil mutat, *l. 32. de verb. obl.* §. *29. ſub. de legat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando error conſenſui obſtet, aut non obſtet.*
2. *Quid ſi non in ipſo corpore, ſed in materia rei erratum.*

SÆpe jam dictum eſt, ſine conſenſu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu conſtitui, *l. 1. §. 3. de pact. l. in omnibus 55. de obl. & act.* Conſenſum non eſſe, etiam error arguit.
1 Quid enim conſenſui tam contrarium eſt, quam error, qui imperitiam detegit? *l. ſi per errorem 15. de jurisd. l. 2. de judic.* At enim non omnis error conſenſum non habet, Error aut eſt in nomine proprio perſonæ reive, de qua agitur; aut in perſona ipſa; aut in re promiſſa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de perſona & re ipſa conſtet, de conſenſu nihil mutat, *l. ſi in nomine 32. de verb. oblig.* §. *ſiquidem 29 ſup. de legat. l. 4. C. de teſtam.* In perſona autem qui errat, puta Titio ſtipulanti promittit, quem putet eſſe Sempronium, omnino non obligatur, per *d. l. 15. de jurisd. & d. l. 2. de judic. fac. l. 9. pr. de hær. inſt.* Non enim ſimplex hic in nomine error eſt, ſed etiam in re, quia nec de corpore conſtat. Tantundem eſt, ſi erratum ſit in re promiſſa, cum de alia ſtipulator, de alia promiſſor ſenſerit; perindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac ſi ad interrogatum reſponſum non ſit, *hoc text. l. inter 83. §. 1. l. continuus 137. §. 1. de verb. obl.* Quid tamen
2 ſi non in ipſo corpore error ſit, ſed in ſubſtantia rei, aut materia, verbi cauſa, ſi quod aurum putabatur, ſit æs, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? placet hic valere ſtipulationem, *l. ſi id. 22. eod.* quamvis emptio non valeat, *l. 9. in fin. cum l. ſeq. l. 14. in fin. de contr. empt.* Nimirum ſtipulatoris, qui nihil viciſſim præſtat, conſenſum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non poteſt videri conſenſiſſe in pretio; cum utique longe minoris æs, quam aurum, acetum, quam vinum, empturus fuiſſet. Plane ſi non in totum in materia erratum ſit, etiam emptionem valere placet, ut in ſpecie *d. l. 14. de contr. empt.* Quod ſi quis in cauſa promittendi erraverit, cum ſuo ipſius errore inductus putat ſe debere, quod non debet, & ſtipulanti promittit, hic ſumma quidem jure obligatus erit; ſed ſi conveniatur, exceptione doli mali ſe defendere poteſt, *l. ſi quis 36. de verb. obligat.*

TEXTUS.

De turpi cauſa.

23. *Quod turpi ex cauſa promiſſum eſt, veluti ſi quis homicidium, vel ſacrilegium ſe facturum promittat, non valet.*

COMMENTARIUS.

STipulationes ex turpi cauſa interpoſitæ nullius momenti ſunt; veluti ſi quid homicidii vel ſacrilegii faciendi aut facti cauſa promittatur, *l generaliter. 26. & l. ſeq. l. ſi flagitii 123. de verb. obl.* Nec ea tantum, quæ aperte flagitioſa ſunt, in ſtipulationem deduci non poſſunt: verum etiam quæ bonis moribus adverſantur: veluti ſi de futura ſucceſſione contrahitur, *l. ſtipulatio 61. eod. l. ultim. C. de pact. l. 4. C. de inut. ſtip.* Quinimo & ſi quis pecuniam promiſerit, ne furtum aut cædem faceret, aut ſub conditione, ſi non fecerit, adhuc dicendum, ſtipulationem nullius eſſe momenti; cum hoc ipſum flagitioſum ſit, pecuniam paciſci, quo flagitio abſtineas, *l. jurisgentium 7. §. 3. de pact.*

TEXTUS.

De morte contrahentium.

24. *Cum quis ſub aliqua conditione ſtipulatus fuerit, licet ante conditionem deceſſerit, poſtea exiſtente conditione hæres ejus agere poteſt. Idem eſt & ex promiſſoris parte.*

NOTA.

24. IDEM EST ET EX PARTE PROMISSORIS] Ut ſi pendente conditione promiſſori quid humanitus contigerit, hæres promiſſoris exiſtente poſtea conditione conveniri poſſit, *l. 57. de verb. obl.* ſicut ex converſo ſtipulatore ante conditionem mortuo hæres ejus agere, §. *4. ſup. d. t.*

COMMENTARIUS.

HIc locus à me expoſitus eſt ad §. *ſub conditione 4. ſup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Quando agi poteſt ex ſtipulatione.

25. *Qui hoc anno, aut hoc menſe dari ſtipulatus eſt, niſi omnibus partibus anni vel menſis præteritis, non recte petet. Si fundum dari ſtipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, niſi tantum ſpatium præterierit, quo traditio fieri poſſit.*

NOTA.

NOTÆ.

21. *Qui hoc anno*] Ex Pompon. *l. 42. eod. v. ſup. § 1. eod.*

Non poteſt continuo agere] Hoc non ad jus petendi, *d. §. 2.* ſed ad ejus, quod petitur præſtationem & executionem obligationis referendum eſt: quia incivile ſtatim cum ſacco venire creditorem, *l. 105. de ſolut.*

COMMENTARIUS.

Duo hic docemur. Primum eſt, quod obligatione in diem conſtituta ante agi non poſſit, quam totus ille dies preterierit. Alterum quod etiam ei, qui pure quid ſtipulanti promiſit, dandum ſit aliquod ſpatium, intra quod rem tradere & ſolutionem expedire poſſit. De utroque dixi ad §. 2. *ſup. de verb. obl. l. 42.*

TITULUS XXI.

D. lib. 46. t. 1. C. lib. 8. t. 41. Nov. 4.

De fidejuſſoribus.

Continuatio, & argumentum tituli.

Obligatur quiſque aut proprio nomine ſive principaliter, aut nomine alieno ſive acceſſorie, dum ſcilicet, pro alieno debito ſe ita obſtringit, ut ei accedat manente principali obligato. Eorum, qui ſic obligantur, tres ſunt ſpecies, mandatores, pecuniæ conſtitutæ rei, fidejuſſores. Mandator eſt, cujus mandato quis pecuniam credit certæ perſonæ, §. *tua tantum 6. inf. de mand.* Pecuniæ conſtitutæ reus, qui pecuniam debitam ſe ſoluturum conſtituit nudo pacto, §. *de conſtituta 9. inf. de action.* Fidejuſſor qui quod alius debet, fide ſua eſſe jubet, interpoſita ſtipulatione. Conjunguntur hi tres *in l. ult. C. de conſt. pecun. & Nov. 4.* atque in plerisque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejuſſoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo ſubjicitur quia fidejuſſores citra verba & ſtipulationem non conſtituuntur, *l. 5. §. 2. de verb. obl. l. Blanditus 12. C. hoc tit.* Indicatur hic primum obligationis fidejuſſoriæ finis: deinde objectum, doceturque, quibus obligationibus fidejuſſor adhiberi poſſit, & porro permiſſe, quatenus obligetur, quaque forma conſtituatur.

TEXTUS.

Cur accipiuntur.

Pro eo, qui promittit, ſolent alii obligari, qui fidejuſſores appellantur: quos homines accipere ſolent, dum curant, ut diligentius ſibi cautum ſit.

NOTA.

Solent alii obligari] Acceſſorie videl. ſeu reo principali manente obligato: qualis eſt is, cujus mandato pecunia creditur certæ perſonæ, §. *6. inf. de mand.* item qui pecuniam debitam ſe ſoluturum conſtituit nudo pacto, §. *9. inf. de act.* & maxime qui quod alius debet, fide ſua eſſe jubent interpoſita ſtipulatione; de quibus ſolis hic agitur: conjunguntur, *l. ult. C. de conſt. pec.*

COMMENTARIUS.

1. *Fidejuſſoris obligationem eſſe acceſſionem principalis.*
2. *Fidejuſſor idem, qui & adpromiſſor, expromiſſor alius.*
3. *Sponſores, prades, vades.*

Pro eo, qui promittit, ſolent alii obligari] Intellige reo, qui promittit, eodemque reo principali manente obligato: alioqui & expromiſſor pro alio obligari recte dicitur, qui novandi animo alienā obligationem in ſe transfert: qui tamen fidejuſſor non eſt, ut mox probabitur. Et igitur, cum fidejuſſor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejuſſoris eſſe acceſſionem quandam alterius obligationis. Unde eſt, quod noſtri ſic paſſim loquuntur, ut dicant, fidejuſſorem accedere. Quod autem Juſtinianus ait, *pro eo, qui promittit*, exempli cauſa dictum eſt: nam conſtat, fidejuſſores omni obligationi accedere poſſe. 1

Qui fidejuſſores appellantur] A juſſione & fide, ut apparet ex formulis, quas paſſim legimus. Dicuntur & adpromiſſores, *l. 5. § 2. de verb. obl. l. in omnibus 43 de ſolut. l. ſi vero 64. §. 4. ſolut matrim.* quia ſcilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromiſſores autem qui dicuntur fidejuſſores non ſunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt: ſed expromiſſione fit novatio. Nam expromittere & expromiſſor in uſu juris is dicitur, qui alienam obligationem in ſe ſuſcipit liberato reo, aut eo nomine non obligato, cum tamen obligari deberet, *l. 7. §. ſervus pactionis 8. de dol. mal. l. qui libertinus 37. in fin. de oper. libert. l. 4. de cond. ca. dat. l. 8. ſi convenerit 8. ad ſen. Vell l. ult. de ſenat. Maced.* unde & à fidejuſſore paſſim diſtinguitur, *l. ut res 53. de contr. empt. d. l. 37. in fin. de oper. lib.* & interdum ſimpliciter reus nominatur; quia ſolus obligatur qui

ſi reus principalis, *d. l. 7. §. ſervus de dol. mal. d. l.*
3 *64. §. 4. ſolut. matr.* Veteres, quos noſtri fidejuſſores poſtea dixerunt, appellabant *ſponſores*. Cicero ad *Attic. lib. 1. Tulliola, noſtra deliciola, tuum munus flagitat, & me ſponſorem appellat.* Et alibi; *De negotio tuo, quod ſponſor es pro Pompejo, ſi Galba conſponſor tuus redierit, &c.* Species ſponſorum ſunt, qui dicebantur *prædes*, & item, qui *vades*. Prædes dicti, teſte Aſcon. Pædiano *Verr. 3. ſatisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis eſt.* Et Feſtus *Præs*, inquit, *eſt is, qui populo ſe obligat, interrogatusque à magiſtratu, an præſit. ille reſpondet, Præs.* In quem locum Joſephus Scaliger ſic ſcribit; *Feſtus ait, prædem dictum eſſe, quod interrogatus à populo ſi præſeſſet reſpondebat, Præs, ſupple. Sum. Præſeſſe antiquitus ſignificat præſentem eſſe, παρεῖναι. Unde ſupereſt participium Præſens. Quam notationem confirmat Auſonius, qui in ludicro dramate ſeptem Sapientum de Thalete loquens ſic ait, Spondere qui nos, noxa quia præſt, vetat.* Idem Scaliger apud Varronem 5. *de ling.* ſic legendum exiſtimat; *Itaque præs, qui à magiſtratu interrogatus in publicum, an præſeſt; à quo, & cum reſpondet, dicitur præs.* Vades autem dicti ſunt, auctore Varrone *d. loc. qui pro alio vadimonium promittunt*, id eſt, ſenſores judicio aliquem ſiſtendi. Et ſi fides Auſonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus; prædes, qui in cauſis civilibus. Sic enim ille *in monoſyllab. Idyl. 12. Quis ſubit in pœnam capitali judicio? vas. Quid ſi lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs.* Sed tamen quicunque pro altero vadimonium promittebat, etiam in re pecuniaria, vadem appellatum conſtat. *vid. Hering. de fidejuſſ. cap. 3. n. 43. & hinc inde Clariſſ. Salmaſ. lib. de mod. uſur. c. 16.*

Ut diligentius ſibi cautum ſit] Fidejuſſores & pignora ſponſionum fideique ſunt vincula & firmamenta, *l. 9. in fin. de ſup. leg. Senec. de benef. 7. 14.*

TEXTUS.

In quibus obligationibus.

1. In omnibus autem obligationibus adſumi poſſunt, id eſt, ſive re, ſive verbis, ſive literis, ſive conſenſu contractæ fuerint. Ac nec illud quidem intereſt, utrum civilis, an naturalis ſit obligatio, cui adjicitur fidejuſſor: adeo quidem, ut pro ſervo quoque obligetur, ſive extraneus ſit, qui fidejuſſorem à ſervo accipiat, ſive ipſe dominus in id, quod ſibi naturaliter debetur.

NOTÆ.

1. IN OMNIBUS OBLIGATIONIBUS] *l. 1. l. 2. l. 8. §. 1. l. 16. §. 3. h. t.* etiamſi obligatio ex delicto oriatur, *d. l. 8. §. 5. l. 56. § ult. l. 70. §. ult. eod.* utique ſi agatur civiliter: nam ſi criminaliter agatur ad coercitionem corporalem, fidejuſſio inutilis eſt, arg. *l. 13. ad leg. Aq. l. 22. C. de pœn.* Textus autem *in l. 1. cum ſeqq. de cuſt. reor.* accipiendi de fidejuſſoribus, qui caveant de reo ſiſtendo, non qui pœnam ſuſcipiant delicti.

2. AN NATURALIS] *l. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. h. t.* ut arctius hoc caſu adſtringatur fidejuſſor, quam reus add. Theoph.

COMMENTARIUS.

1. *Fidejuſſorem pro omni obligatione ex contractu recte intervenire, excepta cauſa dotis.*
2. *Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.*
3. *Quatenus in criminalibus recipiatur fidejuſſor.*
4. *Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur.*
5. *Quid ſi obligatio ſit mere civilis.*

OBjectum fidejuſſionis ſeu materia, circa quam. Cum fidejuſſoris obligatio ſit acceſſio alterius obligationis, neceſſe eſt ſtatui aliquam obligationem, cui fidejuſſoria accedat; alioqui & hæc non tenebit, *l. 6. in fin. l. fidejuſſor. 16. l. ſi ſub 29. l. ſi quis 37. & paſſ. h. t. l. 6. de verb. obl.* unde quoque eſt, quod is, qui ſolutionis gratia adjectus eſt, fidejuſſorem accipere non poteſt, ſcilicet quia reum principalem obligatum non habet, *l. ſi mihi 23. eod.* Cæterũ dum aliqua ſit obligatio, non in totum improbata jure civili aut prætorio, cujuscunq; ea generis ſit, tenet fidejuſſio, *l. 1. l. 2. l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. § 1. & ſeqq. l. 16. §. 3. eod.* Clarius hoc apparebit ex enumeratione ſingularum. Primum earum obligationum, quæ ex 1
contractu aut quaſi ex contractu naſcuntur, fidejuſſorem recte accipi, nemini dubium eſſe poteſt. Quippe cum ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æſtimabilis. Una tantum ſpecies hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem ſoluto matrimonio uxori reſtituendam: pro qua obligatione fidejuſſorem exigi aut accipi conſtitutiones vetant, ne cauſa perfidiæ in conjugio generetur, *l. 1. & 2. C. ne fidei dot. dent. l. 1. Cod. Theod. de fidej. dot.* quamvis recentiorum nonnulli fidejuſſorem à marito eo nomine ultro datum obligari contendant. *vid. Fachin. 8. contr. 76. Gail. 2. obſ. 84. Ant. Fab. C. ſuo, d. tit. defin. 1. Ant. Merend. 6. contr. 13. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 141.* Sed etſi ex delicto oriatur actio, nihilomi- 2
nus fidejuſſor interveniens obligatur, *l. 8. §. ſed &*

ſ. l.

5. l. ſi quis 56. §. ult. l. ſi à reo 70. § ult. hoc tit. utiq;
2 ſi ex hac civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam: nam ſi agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem, inutilis eſt fidejuſſio; quoniam ejus pœnæ nemo ſuccedaneus eſt, cujus nulla poteſt fieri reparatio, & ubi quod quis ſolvit aut ſuſtinuit, nulla actione repeti, aut in priorem ſtatum reponi poteſt. Nimirum æquum omnino eſt, fidejuſſori ejus, quod pro reo ſolvit recuperandi cauſa actionem mandati dari, ne cui officium ſuum ſit damnoſum: at pœnæ corporalis nulla eſt reſtitutio: & quid proderit fidejuſſori, reum eandem pœnam, poſtea ſubire? Poſtremo nemo contrahendo ſe ad pœnam corporalem obligare poteſt: quoniam membrorum ſuorum nemo dominus videtur, *l. 13. ad leg. Aquil.* neque ju-
3 ſtitiæ ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam hujusmodi ſuſtinere, *l. ſancimus 22. C. de pœn.* Alia vero quæſtio eſt, utrum reus criminis non usque adeo atrocis, qui nondum convictus eſt, neque ſatis evidentibus indiciis urgetur, perſona alias honeſta, in carcerem protinus conjiciendus ſit, ut ex vinculis cauſam dicat, an fidejuſſores hic recipi poſſint, non qui pœnam delicti ſuſcipiant, ſed qui caveant, de reo ſiſtendo, ut is moleſtiam carceris interim effugiat. Placet autem hoc caſu rem fidejuſſoribus committi poſſe, qui ſi reum non ſtiterint, certa pecunia multentur, quanta ſcilicet vel cautione vel decreto magiſtratus comprehenſa eſt, ut ex conſuetudine inferri ſolet: alioqui magiſtratus arbitrabitur. Quod ſi dolo fidejuſſorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadverſione extra ordinem coerceri poſſunt. In quam ſententiam ſunt textus *in l. 1. l. 2. l. 3. & 4. de cuſtod. & exhib. reor. l. 6. §. 3. l. 12. Cod. de appell.*
4 Porro non tantum obligationi civili, ſed etiam naturali fidejuſſor adhiberi poteſt, hoc *text. l. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. hoc tit.* licet hoc caſu arctius & fortius adſtringatur fidejuſſor, quam teus principalis. Cæterum hoc ita, ſi naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam ſi ex earum genere ſit, quæ juris civilis auxilio penitus deſtituuntur, nec fidejuſſor in eam accipi poteſt; veluti ſi pro eo, quod prodigus promiſit, fidejuſſor intervenerit, *l. 6. de verb. obl.* Neque obſtat, quod Marcellus ſcribit, eum, qui pro prodigo fidejuſſit, obligari, *l. 25. hoc tit.* Obligatur enim ſuo nomine duntaxat, non alieno: non ut fidejuſſor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla eſt; ſed ut principalis reus, & ratione ſuæ ſolius promiſſionis: quippe qui idem promittens, quod furioſus aut prodigus, in quorum perſona ſciebat obligationem non conſiſtere, donare voluiſſe, videtur. Itaque Marcellus verbo fidejubendi in ptopoſito utens reſpexit, tantum ad nudum fidejubendi actum, & promiſſionem, quæ de facto præceſſit, licet citra ullum juris effectum, *d. l. 6. de verb. obl.*

Ita ferme & *Accurſ. Bart. & DD. vulgo*: quanquam alii aliter: *Don. ad d. l. 6. in fin. Revard. 2. var. 9. Robert. 2. recept. lect. ult. Cont. 2. lect. 3. lyclam. 6. membr. 8.* Quid ſi obligatio ſit mere civi- 5
lis? Exiſtimo, hoc genus obligationis, ut improbatum jure prætorio, & ſine re, atque effectu inutile, *l. nihil intereſt 112. de reg. jur.* huc non pertinere. Etſi enim ſummo jure ex nuda civili obligatione agi poteſt: tamen cum & actio inſtituta oppoſita perpetua exceptione elidatur, & tale debitum neque ſolutum per errorem retineri, neque conſtitui, neque compenſari poſſit, *l. qui exceptionem 40. de cond. ind. d. l. 3. §. de pecun. conſt. l. 14. de compenſ.* fruſtra pro eo fidejuſſor intervenire videtur, *fac. l. ſi quis 37. hoc tit.* aut certe ſi fidejuſſio ſummo jure teneat, is qui fidem ſuam interpoſuit, conventus eadem exceptione, quæ reo principali competit, creditorem repellere poterit. Per *l. 7. §. 1. de except. Bart. in l. 1. n. 3. hoc tit. poſt Gloſſ. hic.*

Sive literis] Non adverſatur, modo quod diximus, pro obligatione mere civili fidejuſſorem inutiliter intervenire. Etenim literarum obligatio pro mere civili habenda non eſt, ſed pro mixta ſeu civili & naturali ſimul. Quippe mixta obligatio duorum generum eſt; una vere talis, altera præſumptive: qualis eſt obligatio judicati, item jurisjurandi ab actore judice deferente præſtiti: atque hujus generis etiam ea eſt, quæ literarum dicitur. Nam ſi quis chirographo ſuo confeſſus eſt, ſe pecuniam mutuam accepiſſe, ea confeſſio, poſt ſilentium biennii, auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confeſſus eſt, ex eo tempore tenetur, ac ſi revera ei pecunia numerata ſit. De quo uberius *tit. ſeq.*

Utrum civilis] Non civilis nuda, ſed mixta, quæ actionem efficacem producit; quæ in uſu juris civilis & abſolute quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Julianum *l. 16. §. 3. hoc tit.*

Pro ſervo quoque obligetur] Servi ex contractibus naturaliter tantum obligantur, *l. 14. de obl. & act.* At ita obligantur, non modo extraneis, ſed etiam domino, ut hoc loco docet Juſtinianus: poteſtque dominus in id, quod ſibi naturaliter debetur, fidejuſſorem à ſervo accipere, *l. ſi à reo [illegible]. §. 3. eod.* quamvis ex contrario pro eo, quod dominus ſervo naturaliter debet, fidejuſſor acceptus non teneatur. *ſi quis 56. §. 1. eod.* ſpeciali ſcilicet ratione, quam indicavi *tit. præced. d. §. item inutilis 6.*

TEXTUS.

De hærede.

2. Fidejuſſor non tantum ipſe obligatur, ſed etiam hæredem relinquit obligatum.

Commentarius.

Satis notum eſt, obligationes & actiones, quæ ex contractibus veniunt, in hæredes quoque dari, §. 1. *inf. de perp. & tem. act. l. 11. l. ex contractibus 49. de obl. & act.* idque etiamſi nulla in contrahendo hæredum facta ſit mentio, *l. 13. C. de cont. ſtip.* Talis autem eſt obligatio, qua tenetur fidejuſſor; ac proinde non ipſe tantum obligatur, ſed etiam hæredem obligatum relinquit, *l. 4. §. 1. hoc tit. l. fidejuſſoris 24. Cod. eod.* Quod ſi principalis obligatio ex delicto deſcendat, tenebitur quidem hic etiam hæres fidejuſſoris, ſed tamdiu, quam vivit & tenetur is, qui deliquit: eo vero mortuo ut fidejuſſor ipſe, ita etiam hæres ejus liberatur, niſi forte ante rei mortem lis conteſtata fuerit, *d. §. 1. inf. de perp. & tem. act. l. omnes 26. l. ſciendum 58. de obl. & act. l. pœnalia 164. de reg. jur. l. 10. §. 2. & ibi Coſtal. ſi quis caut. jud. ſiſt.* Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris tranſit, toties etiam fidejuſſoria tranſit in hæredes fidejuſſoris: at principali ſublata evaneſcit & fidejuſſoria.

Textus.

Si fidejuſſor præcedat, vel ſequatur obligationem.

3. *Fidejuſſor & præcedere obligationem & ſequi poteſt.*

Commentarius.

Et *præcedere*] Etiam futuræ obligationis fidejuſſor accipi poteſt, *l. 6. §. ult. hoc tit.* ita tamen, ut præcedens fidejuſſoris obligatio tum demum vires capiat, cum & principalis obligatio, cujus illa acceſſio eſt, conſtituta eſt. Interim vero in pendenti eſſe obligationem fidejuſſoris, ſciendum eſt, *l. non quemadmodum 35. de judic.* Neque fidejuſſorem ante conveniri poſſe, quam reus debeat, *l. fidejuſſor. 57. hoc tit.*

Et ſequi poteſt] In quo differt fidejuſſor à mandatore. Nam qui poſt creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, niſi ſimul ſuo periculo debitori inducias petat ſolutionis, *l. 12. §. ſi poſt 14. mandat.* Item à pecuniæ conſtitutæ reo, qui non ſequitur, *l. 1. §. 1. de pec. conſtit.*

Textus.

De pluribus fidejuſſoribus.

4. *Si plures ſint fidejuſſores, quotquot erunt numero, ſinguli in ſolidum tenentur. Itaque liberum eſt creditori, à quo velit, ſolidum petere. Sed ex epiſtola divi Hadriani compellitur creditor à ſingulis, qui modo ſolvendo ſunt litis conteſtatæ tempore, partes petere. Ideoque ſi quis ex fidejuſſoribus eo tempore ſolvendo non ſit, hoc cæteros onerat. Sed ſi ab uno fidejuſſore creditor totum conſequutus fuerit, hujus ſolius detrimentum erit, ſi is, pro quo fidejuſſit, ſolvendo non ſit: & ſibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epiſtola divi Hadriani, & deſiderare, ut pro parte in ſe detur actio.*

Notæ.

Ex Epistola D. Hadriani] *l. 26. eod.* Beneficium hoc vulgo diviſionis appellatur. Et cæteris quoque acceſſionibus datum eſt, *l. ult. C. de pec. conſt.*

Hujus solius detrimentum] Poterit quidem quod ſolvit, repetere à debitore actione mandati: ſed à creditore partem repetere non poteſt, nec adverſus confidejuſſores ullam actionem habet extra, quam ſi tunc cum ſolvit, actiones ſibi cedi à creditore curaverit, aut ea lege ſolverit, ut poſtea cederentur, *l. 17. l. 36. l. 39. eod. l. 2. l. 11. l. 14. C. eod.*

Commentarius.

1. *Circa obligationem plurium fidejuſſorum nihil Mutatum Nov. 99.*
2. *Beneficium diviſionis quale ſit; & quibus competat. Et num. 6.*
3. *Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat: alia remiſſive.*
4. *Beneficium ordinis non pertinere ad fidejuſſores judiciales, &c.*
5. *Obligationem plurium fidejuſſorum non dividi ipſo jure, ſed ope exceptionis: & quid inter hac interſit.*
7. *Conditiones, ſub quibus beneficium diviſionis conceditur.*
8. *Quando opponi debeat exceptio diviſionis, quando ordinis.*
9. *Quando locus exceptioni cedendarum actionum.*
10. *Renuntiatione ſuperiora beneficia amitti.*

Plures fidejuſſores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, ſinguli in ſolidum tenentur, ſive id nomina- 1

mina-

minatim convenerit, ſive non convenerit, *l. 3. C. hoc tit.* Neque hoc jus mutatum eſt *Nov. de reis promittendi. 99.* unde *auth. hoc ita. Cod. de duob. reis.* Rectè enim vulgo recepta hæc ſententia eſt, eam conſtitutionem, quæ de duobus reis eſt, ad fidejuſſores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejuſdem pecuniæ accipiuntur, dubitari poteſt, qua mente id fiat, utrum ſicut ſolidum verbis, ita re quaque promiſiſſe videantur; an obligationem pro numero perſonarum dividi exiſtimaverint: cujus dubitationis cauſam ſuſtulit Juſtinianus, cavens ne plures promittendi ejuſdem pecuniæ aliter in ſolidum ſinguli obligentur, quam ſi nominatim id actum ſit. At plurium fidejuſſorum obligatio nullam talem dubitationem habet. Quippe cum horum ſinguli promittant id, quod reus habet, & quantum debet. Debet autem ſolidum. Tenentur ergo plures fidejuſſores ſinguli in ſolidum, & in ſolidum ſinguli conveni-
2 ri poſſunt. Cæterum hoc beneficium epiſtola Hadriani Imperatoris illis tributum eſt, ut ſi quo tempore lis cum aliquo eorum conteſtatur, omnes ſolvendo ſint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l. ſi plures 26. hoc tit l. 3. C. eod.* Eſtque hoc, beneficium, quod vulgo *diviſionis* appellatur.: competitque non fidejuſſoribus tantum, ſed cæteris quoque acceſſionibus, puta pluribus, quorum aut mandato eadem pecunia credita eſt, aut qui pro alio idem ſe ſoluturos conſtituerunt, *l. ult. C. de pec. conſt.*
3 Vim beneficii mox latius explicabimus. Noviſſime & aliud beneficium fidejuſſoribus tributum conſtitutione Juſtiniani *Nov. 4. cap. 1.* unde *auth. præſente, C. hoc, tit.* quod tale eſt, ut ſive unus ſive plures ſint fidejuſſores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejuſſores perveniatur, nec ante eum his efficaciter agi poſſit, quam ſi ſuum creditor à debitore conſequi nequeat. Id autem accidit duobus caſibus, ſi vel abſit reus, vel non ſit ſolvendo. Cæterum placet nihilominus priore caſu fidejuſſori poſtulanti ſpatium temporis à judice dari, intra quod reum abſentem evocet: eo vero ſpatio elapſo, ſi non venerit reus, lis contra fidejuſſorem peragitur. Poſterior caſu ſi reus præſens ſit, aut evocatus venerit, tum ſi is ſolvendo non erit, quatenus ſolvendo non eſt fidejuſſor recte convenitur. Verum cum de eo prius conſtare debeat, reus ipſe primum conveniendus & condemnandus eſt; deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda ſunt: Hæc Juſtinian. *d. Nov. 4. cap. 1.* Quod ſi debitor notorie non ſit ſolvendo, excuſſio non eſt neceſſaria, ſecundum *Mynſ. cent. 2. obſerv. 15. Gail. 2. obſ. 127. n. 14. Menoch. conſil. 662. num. 20. Vaſq. illuſt. quæſt. p. 1. cap. 40. num. 2.* Ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis cauſa, ut ſuperius, fidejuſſoribus, item reliquis acceſſionibus datum, contra conditionem obligationis juriſque veteris conſtitutionem, quo jure liberum fuiſſe creditori conſtat, omiſſo principali reo fidejuſſorem convenire, *l. 3. l. 5. C. h. t.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excuſſionis*. Ordinis, propter ordinem conveniendi: excuſſionis, quia bona rei excutiuntur, ut ſciatur, an ſolvendo ſit, nec ne. An huic beneficio locus ſit in foro mercatorio, vid. *Fachin. 8. cent. 53. Ant. Fab. C. ſuo, hoc tit. defin. 3.* Suprema apud nos Curia aliquando cenſuit, non eſſe, *deciſ. 13.* An ei competat, qui fidejubendo ſimul ſe debitorem principalem conſtituit, *Gail. d. lib. 2. obſ. 28. Schneid. ad hunc §. num. 11. Chriſtin. vol. 5. deciſ. 214. n. 46.* Illud conſtat, fidejuſſores, 4
judicio ſiſti, & judicatum ſolvi, exceptionem ordinis non habere: quippe hujuſmodi ſtipulatione ex auctoritate prætoris interponuntur, ut judicium ratum ſit, *l. 1. de ſtip. præt.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati, *arg. l. in conventionalibus 52. de verb. obl. Ant. Fab. C. ſuo, defin. 5. hoc tit. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 145. n. 7. & vol. 4. deciſ. 179. n. 25.* Sed nec ille, qui pro naturaliter tantum obligato intervenit, hoc beneficio uti poterit. *Gail. d. obſ. 27. num. 20.* Conſule porro de beneficio ordinis *DD. in auth. præſente, C. hoc tit. Gomez. 2. reſol. 13. n. 14. Gail. 2. obſ. 27. & ſeq. Hering. de fidejuſſ. c. 27. part. 1. Chriſtin. vol. 5. deciſ. 2. n. 14.*

Compellitur creditor à ſingulis] Etiamſi in fidejuſſoribus accipiendis convenerit, ut ſinguli in ſolidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris & conſtitutionem non mutat, poſtquam jure hoc fiat, ut inter fidejuſſores actio dividatur, *l. 3. in fin C. hoc tit.* ſecundum quod Pariſiis judicatum refert Papon. *lib. 10. tit. 4. arreſt. 23.* Cæterum in hac diviſione hoc primum notandum eſt, di- 5
vidi obligationem inter plures fidejuſſores non ipſo jure, ſed per exceptionem duntaxat, *l. inter 26. eod.* Inter quæ multum intereſt. Nam ſi ipſo jure obligatio diviſa eſſet, id eſt, ſi ſinguli partes tantum viriles ipſo jure deberent, in ſolidum nemo eorum conveniri poſſet, quantumvis forte aliqui non eſſent idonei. Quin etſi quis ſolidum ſolviſſet, partem condicere, tanquam plus debito ſolutum, non prohiberetur: quod utrumque ſecus ſe habere, oſtendit hic locus & *d. l. interel ſi teſtamento 49. §. 1. in fin. eod.* Deinde non aliter pluribus fidejuſſoribus auxilium 6
diviſionis indulgeri, quam ſi confidejuſſores ſint: id eſt, ſi ut ejuſdem ſummæ, ita ejuſdem quoque debitoris ſint fidejuſſores: inter plures diverſorum debitorum, licet ejuſdem ſummæ, fidejuſſores actionem non dividi *l. ſi à Titio 43 l. ſi plures 27. §. ult. eod.* Poſtremo hoc beneficium pluribus fidejuſſoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipſi conventione ſua plures fidejuſſores acceperunt; pluribus fide-

dejuſſoribus tutorum aut curatorum non competere *l. ult. rem pup. ſalv. for.* ubi & ratio adducitur.

7 *Solvendo ſunt litis conteſtatæ tempore*] Duæ ſunt conditiones, ſub quibus beneficium diviſionis fidejuſſoribus datur. Una eſt, ſi fidejuſſores non negent, ſe fidejuſſores eſſe. Inficiantibus auxilium diviſionis dati non placuit, *l. 10. §. 1. hoc tit.* Altera, cujus hic fit mentio, eſt, ſi omnes fidejuſſores idonei, hoc eſt, ſolvendo ſint, quo tempore lis conteſtatur, *hoc text. l. inter 51. §. 1. eod.* Quod placet, in hac re ſpectari tempus litis conteſtatæ, ideo pertinet, primum ut ſciamus, ſi quis è fidejuſſoribus eo tempore ſolvendo non ſit, licet antea ſolvendo fuerit, id cæteris, qui ſolvendo ſunt, non prodeſſe. ſed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde ſi omnes proponantur tempore litis conteſtatæ ſolvendo fuiſſe, & poſtea aliqui minus idonei eſſe cœperint, quamvis ante ſententiam, eam rem ad onus ejus, qui ſolvendo eſt, nō

8 pertinere, *d. l. inter 51. §. pen.* Illud hic quæſitum eſt, quando exceptio diviſionis opponenda ſit, poſtulandumque, ut actio dividatur. Sed expreſſe reſcriptum ab Alexandro eſt, id poſtulari ſolere antè condemnationem, *l. 10. §. 1. C. hoc tit.* Quo loco manifeſte & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem poſſe objici poſt litem conteſtatam, & qui ajunt, opponi poſſe etiam poſt ſententiam, *vid. Salic. in d. l. 10. §. 1. n. 5. Sichard. n. 10. & ſeqq. Don. n. 2. & ſeqq.* Ordinis vero & excuſſionis exceptio cum ſit dilatoria, ante litem conteſtatam opponenda eſt, *vid. Ant. Fab. C. ſuo hoc tit. defin. 38. Fachin. 8. contr. 32. Chriſtin. vol. 5. dec. 214. & ibi citat.* Diſſentit tamen *Gail. 2. obſ. 27. n. 3.* contendens, opponi eam poſſe usque ad concluſionem in cauſa: quanquam fateatur, omiſſam ex officio à judice ſuppleri non poſſe, *add. D. Io. à Sande lib. 1. rer. jud. tit. 7. defin. 2.*

Si ab uno fidejuſſore creditor totum &c.] Si unus ex pluribus fidejuſſoribus omiſſa exceptione beneficii diviſionis ſolidum ſolverit, is quidem à debitore, quod ſolvit, actione mandati repetere poteſt, *§. ſi quis 6. inf. eod.* Cæterum ſi debitor ſolvendo non ſit, ſibi imputet, quod beneficio uſus non ſit: neque enim vel à creditore partem repetere poteſt, quia ſolidum ipſo jure debuit, & humanitatem beneficii contempſit: neque ullam actionem habet adverſus confidejuſſores: denique nec pignora perſequi poteſt, quæ creditori obligata erant, *l. ut fidejuſſor 39. hoc tit. l. 11. Cod. eod.*

9 Plane poteſt fidejuſſor conventus deſiderare, ut à creditore ſibi cedantur actiones adverſus confidejuſſores & poſſeſſores pignorum; ſed tunc, cum ſolvit, aut ſi ea lege ſolverit, ut ſibi poſtea cedantur. Semel autem pecunia ſoluta, ſi in ſolvendo de cedendis actionibus nihil cautum ſit, agere, ut cedantur, non poteſt, *l. ſi fidejuſſoribus 17. l. cum is 36. l. ut fidejuſſor. 39. hoc tit. l. 2. l. 11. l. mandati. 14. C. eod. l. Modeſtinus 76. de ſolut.* Quanquam ſunt, qui & poſt ſolutionem ceſſionem recte fieri volunt: & ita fere nunc obtinere. *Sande de act. ceſſ. c. 7. n. 11. & ſeqq. Grœnevv. de ll. abrog. ad d. l. 11. C. hoc tit.* Diſſimilis eſt cauſa mandatoris, quem etiam poſtquam ſolvit, placet agere poſſe adverſus creditorem, ut ſibi actiones ſuas cedat adverſus debitorem & cæteros ejusdem obligationis reos, *l. Papin. 28. mand.* quippe mandator mandati actionem habet adverſus creditorem, fidejuſſor non habet. Quod autem tutori, qui ſolvit, adverſus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id ſingulariter in tutoribus conſtitutum eſt favore pupillorum, *l. 1. §. & ſi forte 13. de tut. & rat. diſtr.* ac proinde non eſt producendum ad conſequentiam. Enimvero exceptio cedendarum actionum etiam poſtquam unus ex fidejuſſoribus in ſolidum condemnatus eſt, ab eo opponi poteſt, *l. ſi fidejuſſores 41. §. 1. hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat ſententiam, neque minus jus victoris, *Sichard. ad l. 10. C. hoc tit. n. ult.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud *Chriſtin. vol. 4. deciſ. 179. n. 10. & ſeqq. vol. 5. deciſ. 214. n. 51. & ſeq.* Illud poſtremo ſciendum eſt, hæc fidejuſſorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa eſſe, niſi his fidejuſſores expreſſe renuntiaverint: renuntiando, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique juri pro ſe introducto renuntiare *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio conſulto- 10
rum creditorum uſitata notariis in inſtrumentis fidejuſſionis, ut qui fidejuſſores accipiuntur, renuntient beneficiis ordinis, excuſſionis & diviſionis, quo liberum ſit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

TEXTUS.

In quam ſummam obligatur fidejuſſor.

5. Fidejuſſores ita obligari non poſſunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio, acceſſio eſt principalis obligationis: nec plus in acceſſione poteſt eſſe, quam in principali re. At ex diverſo, ut minus debeant, obligari poſſunt. Itaque ſi reus decem aureos promiſerit, fidejuſſor in quinque recte obligatur: contra vero obligari non poteſt. Item ſi ille pure promiſerit, fidejuſſor ſub conditione promittere poteſt:

eſt: contra vero non poteſt. Non ſolum autem in quantitate, ſed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim eſt, ſtatim aliquid dare: minus eſt, poſt tempus dare.

NOTA.

Ut minus debeant, obligari possunt] Vel minorem ſummam, quam quæ debetur à reo principali, vel alias in cauſam leviorem, *dict. l. 8. §. 7. & ſeqq. l. 34. h. t. cum ſimil.*

Commentarius.

1. *Fidejuſſorem arctius, quam reum principalem, obligari poſſe; durius non poſſe.*
2. *Acceptum in majorem quantitatem, quam quæ debetur, ne in debitam quidem obligari.*
3. *Transpoſitione Holoandri in l. 8. §. illud. hoc. tit. everti ſententiam Ulpiani, falſamque effici ejus definitionem.*
4. *Explicatur l. rogatus 33. mandat.*
5. *Conſtituti & fidejuſſionis quam diſſimilis ſit ratio.*
6. *Removetur obſtaculum ex l. 1. §. ſi ſtipulanti, de verb. obl.*
7. *Media Bachovii ſententia non improbabilis, & quid hodie ad quæſtionem propoſitam reſpondendum.*

Cum fidejuſſores accipiantur firmandæ principalis obligationis cauſa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo conſtringantur, quam reus principalis, veluti per inſtrumentũ garantigiatum ſeu paratæ executionis, per hypothecã, per jusjurandũ, per pœnæ adjectionem, cũ reus obligatus eſt ſimpliciter *Io. Fab. hic. Gomez. 2. reſol. 13. num. 2.* adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus eſt, fidejuſſorem recte intervenire placet quamvis hoc caſu cum ſolo fidejuſſore judicio agi poſſit, cũ reo non poſſit, *§. 1. ſup. eod.* In cauſam vero duriorem accipi non poteſt id eſt, ita accipi, ut fidejuſſor vel re, vel tempore aut cauſa plus debeat, quã reus principalis, *hoc text. l. 8. §. illud 7. eod.* quod DD. non ineleganter ſic breviter exprimunt: *Fidejuſſor intenſive obligari poteſt extenſive non poteſt.* Cæterum de illo non ſatis inter interpretes convenit, utrum fidejuſſor in majorem ſummam acceptus, quam debet reus principalis, prorſus non obligetur, an ſaltem obligetur in ſummam concurrentem, Gloſſa & Bart. *in d. 8. § illud.* omnesq; fere interpretes veteres ſentiunt, fidejuſſorem ita acceptum plane non obligari: quorum ſententiam ſequuntur & defendunt *Connan. 6. comm. 6. Hotom. Bachov. in hunc §. Fachin. 8. controv. 51. Gœdd. c. 4. de contr. ſtip. concl. 4. n. 65. & ſeqq. Tim. Fab. diſput. 23.* At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra diſſentiunt, atque in propoſito fidejuſſorem obligari volunt ſaltem usque ad debitam quantitatem *Cantiunc. Baro, Mynſ Weſemb. Giſan. hic. Gomez. 2. reſol. 13. n. 2. Duar. ad tit. de fidejuſſ. c. 3. Vasq. 1. illuſt. q. 40. Bronch. 4. cent. 53. Hering. de fidejuſſ. c. 24. n. 52. & ſeqq.* quibus etiam accedit *Diod. Tulden. comm. hic. c. 2.* Prior ſententia de jure mihi verior videtur. 2 Sic enim in univerſum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt, definit Ulpianus *d. l. 8. §. illud, hoc tit.* eos, ſi in duriorem cauſam adhibiti fuerint, *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes, & ipſum exempl. Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet, quod *neutiquam, plane, prorſus, penitus non*: niſi cavillamur. Neque alio ſenſu à noſtris uſurpatur, ipſove Ulpiano, *l. ſi non ſortem 26. §. indebitum 3. de cond. in d. l. 3. §. 2. in fin. de adm. tut. l. 4. §. ſed enim 3. rem pup. ſalv. for.* Quod ſi cum Holoandro pro *omnino non* reſtituas, *non omnino*; aut *omnino non* dictum putes, pro *non omnino*; quaſi dixiſſet Juriſconſultus, fidejuſſorem in duriorem cauſam acceptam teneri in eo tantum & quatenus reus ipſe obligatus eſt; evertitur ſententia illius loci, quæ generalis eſt; falſaque efficitur Juriſconſulti definitio in fidejuſſoribus omnibus in duriorem cauſam acceptis extra caſum propoſitum. 3 Nam certum utique eſt, fidejuſſores plane non obligari, qui in duriorem cauſam accipiuntur, extra quam ſi in majorem ſummam accepti fuerint, puta ſi pure ſpoſponderint, quod reus ſub conditione aut in diem debebat, vel ſi pure reus interrogatus fidejuſſor cum adjectione loci acceptus ſit, ſive quid aliud adjectum, quo conditio fidejuſſoris deterior fiat. Neque enim alia ratio eſt, cur Juriſconſulti paſſim tam ſolicite quærant, an & quando fidejuſſor in duriorem cauſam adhibitus videatur, quam quod eo caſu, quo ita acceptus eſt prorſus non obligetur; uti & ſimpliciter ubique reſpondent, eum non obligari *d. l. 8. §. illud. cum ſeqq. l. 16. §. 1. l. hi qui 34. l. ſi teſtamento 46. §. 2. l. ſi a reo 70. §. 1. & 6. hoc tit.* Accedit, quod Juſtinianus hoc loco omnes iſtas ſpecies cum ea, de qua quæritur, comparat, & eodem jure cenſere videtur: maxime vero quod reſponſum eſt, fidejuſſore in duriorem cauſam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, *d. l. ſi teſtamento, in fin.* ut proinde nulla in parte fidejuſſio, quacumque ratione deterior illa ſit obligatione principali, valere poſſit. Nihil admodum pro contraria ſententia facit *l. rogatus 33. mand.* Nam ut recte *Gloſſ. & Bart. in d. l. 8. §. illud.* Reſpondent, non 4

quæri-

quæritur illo loco, an & quatenus creditori obligetur fidejuſſor acceptus in majorem ſummam, quam reus principalis debebat; ſed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem ſummam, quam rogatus erat, fidejuſſit, propterea quod videri poteſt fines mandati exceſſiſſe, de quo *in §. is qui, inf. de mandat.* neque ullum *in d. l. rogatus.* Verbum proponitur, ex quo colligere poſſis, in ampliorem ſummam, quam quæ debebatur, mandatarium interveniſſe. Sed & reſponderi poteſt, diſſimilem eſſe cauſam fidejuſſoris, qui præcedit obligationem, de quo *in d. l. rogatus*, agitur, & ejus, qui poſt conſtitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejuſſio in ſuſpenſo eſt, eamq; interpretatur & pro arbitrio limitat ſubſequens obligatio, ſic ut ad illam quidem nihil poſſit addere, detrahere autem de ea aliquid aut deminuere valeat. Eſt enim præcedens fidejuſſio mandato non abſimilis, in quo hoc evenit, ut ſi verbi cauſa mandaverim tibi, ut ducenta crederes Titio, & tu centum tantum credideris ſaltem in id, quod numeratum eſt, actionem mandati adverſus me habeas. eo quod nihil à te factū eſt contra legem mandati, cum feceris conditionem meam meliorem, *l. ſi ultra 22. C. mand. & ibi Salic. de fidejuſſ.* Non obſtat. *l. hactenus 11. §. 1. de pec. conſt.* Nam in conſtituto nuda tantū æquitas ſpectatur, multaque in eo admiſſa ſunt, quæ fidejuſſoris obligatio reſpuit; veluti quod neceſſe non eſt, eum, cui conſtituitur, creditorem eſſe, *l. 5. §. 2. d. tit.* quod aliud, quam quod debetur, conſtitui poteſt; & quod debetur, conſtitui in citeriorem diem, *l. 1. §. an poteſt 5. l. 4. eod.* quorum nihil admittit fidejuſſio, *d. l. 8. § illud & ſeq. l. 16. pr. l. ſi ita 42. hoc tit.* Unde apparet, à conſtituto ad fidejuſſionem firmum argumentum duci non poſſe.

6 Illud majoris momenti eſt, quod in majori ſumma vi ipſa & poteſtate ineſſe & minor intelligitur, *l. 1. §. ſi ſtipulanti 4. l. inter 83. §. 3. de verb. obl.* & quod ob hanc cauſam placet, ſi quis de decem interrogatus viginti reſpondeat, obligationem ſaltem in decem contractam eſſe; quia ſcilicet hactenus congruenter interrogationi reſponſum ſit, *d. l. 1. §. 4.* Jam vero ſi majore ſumma promiſſa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta eſt, utilis eſt ſtipulatio principalis, quaſi hactenus apte reſponſum ſit, nulla ratio dari poſſe videtur, cur ob eandem cauſam in totum vitiari debeat acceſſoria fidejuſſoris. Reſp. Non ideo dicimus in totum vitiari obligationem fidejuſſoris majorem ſummam ſtipulanti creditori promittendis, quam reus debet, quia in totum ad interrogationem credi-toris non apte reſpondet: ſed quia durius eum creditor obligari voluit, contra naturam obligationis fidejuſſoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejuſſor quam principalis reus, *l. ſi teſtamento 49. in fin. hoc tit.* D. Bachov. exiſtimat intereſſe, utrum creditor majorem ſummam à fidejuſſore ſtipulatus ſit, quam reus debebat, an eandem, & fidejuſſor majorem promiſerit; veluti ſi cum decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius, quam decem, ſtipulatus ſit à fidejuſſore & is viginti fide ſua eſſe juſſerit: illo caſu in totum vitiari fidejuſſionem, quoniam aliter & durius fidejuſſorem adſtringere creditor voluit; hoc caſu conſiſtere pro quantitate debita. Quæ ſententia rationem habet: quoniam cum creditor nihil amplius à fidejuſſore ſtipulatur, quam quantum reus debet, non poteſt proprie dici, fidejuſſorem adhibitum eſſe in duriorem cauſam. Plane nunc in conſulendo & judicando ſequerer ſententiam poſteriorem; non ob id ſolum; quam eam æquitas commendat; ſed quia pactorum & ſtipulationum jura confuſa ſunt, hodieque tam nudo pacto, quam ſtipulatione fidejuſſor conſtitui poteſt, ut nulla plane nunc ſit ſtipulationis & conſtituti differentia. *Gomez. 1. var. reſol. cap. 13. n. 2. Autumn. confer. du droict. hic.*

Acceſſio eſt principalis obligationis] Hinc fit, ut & ab initio nulla ſit fidejuſſio, ſi nulla ſubſit obligatio principalis, & ut ſublata obligatione principali tollatur & acceſſoria fidejuſſoris, & ex communi ſcilicet natura omnium acceſſionum, *l. in omnibus 43. de ſolut. l. novatione 18. de novat. l. cum principalis 178. de reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod hic docemur, ut etiamſi ſubſit aliqua obligatio principalis, fidejuſſor tamen accipi non poſſit in plus, quam principali obligatione continetur: ſiquidem quod amplius foret in obligatione fidejuſſoris, id eſſet acceſſio ſine principali.

Nec plus in acceſſione] Si hoc axioma reſtringamus ad ſubjectam materiam, id eſt, ad obligationem acceſſoriam, verum eſt in univerſum in iis, qui pro aliis obligantur. At extra hanc cauſam nihil impedit, quominus plus pretii ſit in acceſſione, quam in principali re, *§. ſi tamen 26. ſup. de rer. div. l. cum aurum 19. §. perveniamus 13. & ſeqq. de aur. arg. leg. l. ſi in emptione 34. de cont. empt.*

Ut minus debeant, obligari poſſunt] Fidejuſſor in leviorem cauſam obligari poteſt, veluti in minorem ſummam, quam ea ſit, quæ debetur; aut pro reo pure accepto, ex die vel ſub conditione, *d. l. 8. §. illud. hoc tit.* aut ſi qua alia ratione levior fiat conditio fidejuſſoris. Exempla *in d. l. 8. §. antep. & pen. l. hi qui 34. eod.*

Non ſolum in quantitate] Plus non ex quantitate æſtimatur. ſed etiam ex tempore; item ex loco adjecto & cauſa: quod pluribus atque ex profeſſo explicatur, *§. ſi quis agens 33. inf. de actionib.*

TEXTUS.

TEXTUS.

De actione fidejuſſoris.

6. Si quid autem fidejuſſor proreo ſolverit, ejus recuperandi cauſa habet cum eo mandati judicium.

NOTA.

6. MANDATI JUDICIUM] *l. 10. §. 11. mand.* nempe ſi mandatum vel expreſſe vel tacite intervenerit: alias negotiorum geſtorum, veluti ſi pro abſente fidejuſſit, *l. 6. §. 2. l. 18. l. 20. §. 1. d. t. l. 6. C. eod.*

COMMENTARIUS.

Fidejuſſor ejus nomine, quod pro reo ſolvit, mandati actionem cum eo habet, *l. 10. §. fidejuſſores 11. mand.* Sed enim hoc ita, ſi præceſſerit mandatū, id eſt, ſi rogatus à reo ſit, ut fidejuberet, *l. ex mandato 20. § 1. d. tit.* aut cum reus præſens eſſet, paſſus ſit pro ſe fidejuberi, vel mandari ab alio, ut ſibi eredatur. Nam & is, qui præſens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. mandat. l. 6 C. eod.* Quod ſi vero pro reo abſente quis fidejuſſerit, ei non poteſt competere actio mandati: ſed ſi ut negotium gerens interceſſerit, negotiorum geſtorum dabitur *d. l. 6. §. 2. d. l. ex mandato, §. 1. eod.* Itaque fidejuſſor nunc mandati, nunc negotiorum geſtorum actionem habet, *l. 4. h. t.* Quid ſi pro invito aut vetante donandive animo intervenerit? Placet, hoc caſu ne utilem quidem actionem ei dari, *d. l. 6. §. 2. ſi pro te 40. mandati.*

TEXTUS.

Si fidejuſſor Græce accipiatur.

7. Græce etiam fidejuſſor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ. Sed & ſi dixerit, Θέλω, ſive βούλομαι, ſed & φημὶ, pro eo erit, ac ſi dixerit, Λέγω.

COMMENTARIUS.

Etiam Græce fidejuſſor accipi poteſt, poſtquam placuit non minus Græca aliave qualibet lingua, quam Latina, ſtipulationem recte fieri *§. 1. ſupr. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod.* Deſcriptus hic §. eſt ex *l. 8. pr. hoc tit.* ubi concinnius ſic legitur; *Græce fidejuſſor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, ſive βούλομαι. ſed & ſi φημὶ dixerit, pro eo erit, ac ſi dixerit, Λέγω.* Atque ita etiam hic locus reſtituendus videtur. Sane τὸ λέγω præceſſiſſe, arguit ſubſequens interpretatio τοῦ φημὶ per idem verbum λέγω.

TEXTUS.

Si ſcriptum ſit, aliquem fidejuſſiſſe.

8. In ſtipulationibus fidejuſſorum ſciendum eſt, hoc generaliter accipi, ut quodcumque ſcriptum ſit quaſi actum, videatur etiam actum. Ideoque conſtat, ſi quis ſcripſerit ſe fidejuſſiſſe, videri omnia ſolemniter acta.

NOTA.

8. VIDERI SOLEMNITER ACTA] *l. 30. de verb. obl.* nempe partes præſentes fuiſſe, & ſtipulationem rite interpoſitam, citra quam fidejuſſor non conſtituitur, *l. 5. §. 3. d. t. l. 12. C. h. t.* fac. *§. 11. & 16. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

Cum fidejuſſiſſe aliquem ſcriptum eſt, omnia rite acta creduntur, *l. ſciendum 30. de verb. obl.* nimirum ut pro inſtrumento præſumtio eſt, verum eſſe, quod in eo ſcriptum eſt: *§. item verborum 11. ſup. tit. præced.* item etiam ſi de re aliqua, ad cujus ſubſtantiam certæ ſolemnitates jure requiruntur, ſcriptum ſit eam interveniſſe, etſi expreſſum non ſit ſolemnitates iſtas eſſe adhibitas; tamen omnia ſolemniter acta eſſe intelliguntur; veluti ſi ſcriptum ſit promiſiſſe aliquem, creditor is ad interrogationem præcedentem reſpondiſſe, *§. ſi ſcriptum 16. tit. præc.* Eademque ratione ſi ſcriptum fuerit, fidejuſſiſſe aliquem, præſumitur id factum adhibita à creditore præſente ſtipulatione; quoniam de eſſentia fidejuſſionis hoc eſt, ut ſtipulatio interveniat, *l. 5. §. ſatis 3. de verb. obl. l. 12. C. h. t.*

TITULUS XXII.

Cod. lib. 4 tit. 30.

De literarum obligationibus.

TEXTUS.

Olim ſcriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non ſunt in uſu. Plane, ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt,

eſt, de pecunia minime numerata, . poſt multum temporis, exceptionem opponere non poteſt. Hoc enim ſæpiſſime conſtitutum eſt. Sic fit, ut & hodie, dum quæri non poteſt, ſcriptura obligetur, & ex ea naſcatur condictio, ceſſante ſcilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus conſtitutionibus uſque ad quinquennium procedebat: ſed ne creditores diutius poſſint ſuis pecuniis forſitan defraudari, per conſtitutionem noſtram tempus coarctatum eſt, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

NOTÆ.

Quæ nominibus fieri dicebatur] Nomen faciebat creditor, qui in tabulas ſuas accepti & expenſi nomen illius, cui pecuniam dabat mutuam, perſcribebat. Id fiebat præſente debitore, qui & ipſe quoque in ſuas tabulas referebat, quod deberet: quæ tabulæ prolatæ in judicio fidem faciebant debiti. Cic. *pro Roſc. Comœd.* Salmaſ. *de uſur. c. 6. & ad jus Attic. c. 29.*

Non sunt in usu] Nam poſterior ætas ſyngraphis uti cœpit, id eſt, cautionibus utriusque contrahentis manu ſubſcriptis. Hotom.

Post multum temporis] Poſt quinquennium, hodie poſt biennium, ut infra.

Dum quæri non potest] Vel conventus excipere de pecunia non numerata, *l. 8. & 2. ſeqq. l. 14. C. de non num. pec.*

Per constitutionem nostram] *d. l. 14. C. de non num. pec.*

Ut ultra biennii metas] Intra biennium autem tria remedia ad retractandam confeſſionem prodita: condictio cautionis ſive chirographi, *l. 7. C. eod. l. ult. C. de cond. ex leg.* querela ſeu denuntiatio aut proteſtatio de non facta numeratione, *l. 8. l. 9. de non num. pecun.* quam in ſcriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor conſequatur, *d. l. 14. §. ult. auth ſeq.* exceptio non numeratæ pecuniæ adverſus creditorem intra biennium agentem, *l. 3. l. 5. d. l. 8. l. 14. C. eod.* quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem, *l. 3. l. 10. C. eod.* ubi ratio. Exacto autem biennio confeſſus, qui beneficio juris non eſt, neceſſitate ſolvendi adſtringitur, *d. l. 8. d. l. 14.*

Commentarius.

1. *Cautiones & confeſſiones debiti inutiles.*
2. *Quæ cautiones ad probationem tantum valeant.*
3. *Cautionem pecuniæ creditæ poſt biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.*
4. *Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levetur probatione.*
5. *Rectene obligatio hic propoſita dicatur literarum, cum veteres eam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur: & alia quædam.*
6. *Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obſoleviſſe: qualis illa? & alia quædam.*
7. *Confeſſum poſt biennium ita ſcriptura obligari, ut etiam ſi poſtea probare velit pecuniam ſibi numeratam non eſſe, non audiatur.*
8. *Quibus argumentis Bartolus & DD. vulgo adducti diſſentiant.*
9. *Confirmatio prioris opinionis.*
10. *Confutantur argumenta in contrarium prolata.*
11. *A quo tempore binnium currere incipiat: & alia notabilia.*
12. *Uſus circa hanc exceptionem hodiernus.*

INterdum literæ ad conventionem accedentes
obligationem pariunt, quæ ſpecies obligationis
tertio loco poſita eſt in diviſione earum, quæ
naſcuntur ex contractu, *§. ult. ſup. de oblig.* Li-
terarum obligatio eſt, cum quis ſcripto alteri
mutuo conſenſu tradito confeſſus eſt, ſe ab eo
certam ſummam mutuam accepiſſe, quam non ac-
cepit, nec intra biennium confeſſionem retrectavit.
Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis
evolvemus. Exigimus, ut quis ſcripto confeſſus ſit: 1
remotis literis huic obligationi non eſt locus: quip-
pe quæ alioqui non recte diceretur literarum. Cæte-
rum nihil refert, utrum quis chirographo confeſſus
ſit, an alio inſtrumento profeſſionem debiti conti-
nente, etiamſi id à tabulario confectum ſit; *Gloſſ. in l.
3. C. de non num. pecun. Sichard. ibid. n. 8. Don. n. 12.*
cautio paſſim à noſtris & præſertim in hoc argumen-
to dicitur, *l. 1. & 3. ſeqq. l. 8. C. d. tit. l. emptor. 47.
§. ult. de pact.* Exigimus ut ſcriptum mutuo con-
ſenſu traditum ſit creditori: nam ſine conventione
nulla ex contractu obligatio, *l. 1. §. 3. de pact.* Ex-
igimus profeſſionem debiti, non cujusvis, ſed mutui
accepti: quod ut facilius intelligi poſſit, ſciendū eſt,
non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim
eſſe,

eſſe, ut confitentem obliget: ſunt enim quædam
cautiones & confeſſiones debiti plane inutilis, qua-
les ſunt, quæ cauſam debendi non continent; quas
indiſcretas vocant, cum ſcilicet quis confeſſus eſt ſe
debere nulla nominatim expreſſa cauſa propter quam
debeatur, *l. cum de indebito. 25. in fin. de prob. l. gene-
raliter. 13. Cod. de non num. pec. C. ſi cautio. &c. de fid.
inſtr. vid. D. Andr. Gail. 2. obſ. 13. Damhoud. prax.
civil. c. 175. n. 14.* ubi notat; in emptoriis inter merca-
tores ex conſuetudine etiam ex obligatione non cau-
ſata jus reddi ſolere, *add. Grœnevv. d. ll. abrog. d. l.
25. §. ult de probat.* Cæteræ, quæ certam debendi
cauſam continent, utiles quidem ſunt, ſed non o-
mnium una eſt vis idemque effectus. Etenim harum
quædam ad probationem tantum & fidem rei geſtæ
valent, ad obligationem nunquam: quædam vim ha-
2 bent obligationis, nunquam probationis ſolius. Ad
ſolam probationem valent confeſſiones debiti o-
mnes, quæ non ſunt de pecunia mutua. Placet haſce
ſcripturas valere ad probationem: & merito placet,
cum nihil æquius ſit, quam unumquemque proprio
teſtimonio acquieſcere, confeſſumque ſtare ſuæ con-
feſſioni, *d. l. cum de in debito, in fin. de probat. d. l. ge-
neraliter. C. de non num. pec. l. 11. §. 1. de interrogat.
injur. fac.* Sed enim probationem tantum habent,
obligationem nunquam inducunt: argumento eſt,
quod confeſſus ex chirographo ſuo conventus con-
tra confeſſionem ſuam venire poteſt; placetq; audien-
dum eſſe, ſi (quæ facultas nullis terminis definitur)
paratus ſit oſtendere, ſe falſo confeſſum, inque eam
rem proferat idonea inſtrumenta: nam teſtes in hac
probationis ſpecie viſum eſt admitti non debere,
propter metum falſi, *d. l. cum de indebito, & d. l. ge-
3 neraliter.* Sola cautio & confeſſio pecuniæ creditæ
& numeratæ obligationem inducit: contra vero ad
probationem ſolam nunquam valet, ut ex iis, quæ
ſequuntur, perſpicuum fiet. Pecuniæ autem appella-
tione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mu-
tuum conſiſtit, *l. in contractibus 14. princ. C. de non
num. pec.* Poſtremo exigimus, ut cautio emiſſa ſilen-
tio biennii confirmata ſit: non enim continuo, ut
quis ſcripto confeſſus eſt ſe pecuniam mutuam ac-
cepiſſe aut ſibi numeratam eſſe, literis obligatur: ſed
cautio intra biennium, ex quo emiſſa eſt, ne ad pro-
bationem quidem, nedum ad obligationem valet,
4 *l. 3. l. 10. C. d. tit.* At ſi intra id tempus confeſſionem
non retractaverit. Jam in eam ſummam, quam con-
feſſus eſt, plane obligatur, *hoc text.* & paſſim, *d. tit.
C. de non num pec.* Remedia ad retractandam intra
biennium confeſſionem tria confitenti ſunt prodita.
1. Condictio ſine cauſa, aut ob cauſam dati, cauſa non
ſecuta ad repetitionem chirographi, *l. 7. C. d. tit. l.
ult. C. de cond. ex leg.* 2. querela ſeu denuntiatio &
proteſtatio de numeratione non facta: quæ denun-
tiatio ſcripto facienda, ut exinde exceptionem per-
petuam debitor conſequatur, *l. 8. & ſeq. l. in contra-
ctibus 14. §. ult. & auth. ſeq. C. de non num. pecun.* 3.
exceptio non numeratæ pecuniæ adverſus credito-
rem intra biennium agentem. *l. 3. l. 5. l. 8. C. eod.*
quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus
probandi transfert in creditorem, *d. l. 3.* Ratio diffe-
rentiæ ſignificatur *in l. 10. C. eod.* quod facultate ne-
gandi reo conceſſa non debuerit ab eo exigi proba-
tio, propterea quod negatio facti per rerum naturam
directo probari non poteſt, *l. actor. 23. C de probat.*
Ad quam rationem accedit præſumptio pro confi-
tente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, ſcilicet
cautionem expoſitam fuiſſe ante numerationem: cu-
jusmodi præſumptio in cæteris cauſis ceſſat: quippe
cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa ple-
rumq; traduntur ante factam numerationem: & ſpe
numerationis futuræ, qua ne fruſtrentur, qui pecu-
nia indigent, nihil non facere ſolent ad nutum credi-
toris, *Rebuff. ad conſtit. reg. de chirogr. & cedul. art.
2. n. 18. Chriſtin vol. 3. dec. 37. n. 1.* Adjuncta eſt ex-
ceptioni non numeratæ pecuniæ, generalis exceptio
doli mali, *l. 3. C. de non num. pec.* vel in factum de-
tracta doli mentione, *l. 9. C. eod.* atque his remediis
confeſſum uti poſſe etiam adverſus inſtrumentum
garentigiatũ, cenſet *Gomez. 2. reſol. 6. n. 3.* quamvis
in contrarium proclivior ſit Chriſtin. *d. deciſ. nu. 13.*
Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in
contrariũ, omninoque confeſſus, qui beneficio juris
uſus non eſt, neceſſe ſolvendi adſtringitur, *hoc text.
l. 8. l. 14. C. d. t.* Hæc ergo obligatio recte dicitur li-
terarum ſeu ex literis naſci, ſiquidem poſt biennium 5
non amplius quæritur, an pecunia confeſſa numera-
ta ſit, nec ne: ſed ſcriptura auctoritate juris pro veri-
tate habetur, ſicut res judicata & jusjurandũ, ut non
tantum probet, ſed etiam obliget confitentem. Pla-
ne veteres nullam literarum ſeu ſcripturæ, ut cauſæ
alicujus obligationis, mentionem faciunt, ac ne iis
quidem locis, ubi ex profeſſo cauſas & genera obli-
gationis recenſent. *l. 1. §. 3. de pact. l. 1 l. obligamur.
52. de obl & act. l. 8. §. 1. de fidejuſſ. l. 1. de nov.* ſed o-
pinor, eos hanc obligationem retuliſſe inter eas, quæ
ex re naſcuntur, propterea quod qui ex ea agit, pecu-
niam quaſi creditam petit, & condicit tanquam ex
mutuo, *l. 5. C. de non num. pec. & hoc text.* Rectius
autem ex literis hæc obligatio eſſe dicitur: nam etſi
in cautione adjicitur cauſa, nempe mutui accepti, &
pecunia quaſi credita petitur; tamen re nequit dici
quis obligatus, niſi quatenus ei numeratum eſt. *l. 2.
§. 3. l. 12. §. 1. de rebus cred.* ut proinde & quoniam
nulla alia ſubeſt cauſa obligationis præter literas ſeu
ſcripturam emiſſam, recte dicatur literis obligatus:

neque enim ſi ſine ſcriptura confeſſus eſſet, ſimiliter obligaretur. *Donell. ad d. l. 8. n. 34. C. de non n. pec. Gudel. lib. 2. de jure noviſſim. c. 6.* Caveat autem quisque ne temere inficietur chirographum ſuum aut numerationem confeſſam: nam mendacii convicto pœnam dupli & amiſſionis cæterarum defenſionum noviſſima Juſtiniani conſtitutio imponit, *auth. contra qui C. d. tit.* Nititur hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem, ac judiciorum expediendorum facilitatem maxime ſpectat: eademque fere ratione defenditur, qua uſucapio & præſcriptiones temporales, *l. 1. de uſuc. l. ult. pro ſuo l. 3. C. de annal. except.*

6 *Quæ nominibus fieri dicebatur*] Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterf. tabulas domi haberet in quibus quidquid per ſingulos dies vel acciperet vel expenderet, perſcribebat, ut Cicero in ea pro Cluent. demonſtrat. de harum tabularum fide cenſores quinto quoque anno cives ad jusjurand. adigebat teſte *Dionyſ. Halicarn. lib. 4.* Atque hinc fidem in judiciis facere ſolebant, ut ex oratione pro Q. Roſcio oſtendit Hotom. Aſconius autem Pædianus *in Verrin. 3.* ſcribit, nomina in tabulis dici conſueſſe titulos ſeu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahebatur, cum in tabulis perſcribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere, neque aliud erat nomina facere, quam in tabulas referre aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cum pecunia præſens non numerabatur. Atque hinc eſt, quod obligationes ſeu debita appellantur nomina. Referri autem ſolebat non tantum in tabulas creditoris, verum etiam in aliorum quorundam: quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat, & veterum teſtimoniis, præſertim Ciceronis, confirmat Hotom. Ego vero non puto, hujusmodi ſcripturam valuiſſe abſolute ad obligationem, ſed vim duntaxat habuiſſe probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur, non tantũ huc pertinuiſſe ſcripturã menſæ argentariæ, verum etiam privatorum codicum, accepti & expenſi. Majorem lucem expectamus à D. Salmaſio in libro, quem præ manibus habet, de uſuris Juſtinianeis.

Hodie non ſunt in uſu] Ætate Juſtiniani nomina in uſu non erant quippe tranſlato Conſtantinopolin imperio conſuetudo Græcorum recepta eſt, qui ſyngraphis utebantur, hoc eſt, cautionibus, utriusque contrahentis manu ſubſcriptis atque obſignatis. Poſterior tamen ætas non συγγραφὰς, ſed συμβόλαια appellavit: Latini *inſtrumenta & cautiones*, voce generali ad chirographa quoque producta: qua de re conſule doctiſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c. 10.*

7 *Dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur*] Si confeſſus poſt bienniũ ſcriptura obligatur, conſequens, omnino eſt, cũ neceſſitate rei ſolvendæ jam adſtringi, ut ſolutionem nullo modo evitare poſſit. Eſt enim hic certiſſimus obligationis effectus, ut qui ſecundum formam juris obligatus eſt, non aliter liberetur facto ſuo, quam ſi ſolvat aut ſatisfaciat creditori. *inf. quib. mod. toll. obl. l. 9. §. 3. de pign. act.* Atque hoc etiam expreſſe reſcriptum eſt in ſpecie debiti propoſita *l. 8. C. de non num. pec.* Quid ergo ſi debitor poſt biennium paratus ſit probare pecuniam ſibi numeratam non eſſe, anne ſic quidem audiendus erit? Accurſius de quorundam veterum ſententia putat, audiendum eſſe: quod & Bartolo & comm. DD. viſum *in l. 3. & l. 14. C. d. t. Gomez. 2. reſol. 6. n. 7. Moz. de contr. tit. de mutuo n. 9. Baroni Schneid. Bachov. Corvino in enchir. hic D. Bronchorſtio 2. aſſert. 22. Anton. Perez. in d. tit. Cod. n. 14.* Moventur 8 quod exceptiones natura ſua perpetuæ ſunt. *l. 5. §. ult. de dol. mal. except.* & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l. 3. C. d. tit.* quæ cum ſine dubio perpetua ſit, *d. l. 5. §. ult.* utique etiam biennium competere debeat, etiamſi ceſſare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Adhæc non ſunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *l. 6. de off. præſ.* Illicita vero & iniqua, exactio eſt, ſi reus, probare volens, pecuniam ſibi numeratam non eſſe, non audiatur. Poſtremo non poteſt bienni lapſus creditori adimere, niſi quod prius ex biennio habuit: at biennium ſolummodo tribuit debitori immunitatem probationis. *l. 10. eod.* Ergo nec lapſus biennii ei amplius adimere poteſt. Sed procul dubio verius eſt, debitorem nec probationem ultra offerentem poſt biennium audiri. 9 Etenim poſita obligatione, id eſt neceſſitate ſolvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione naſcitur, omnino conſequens eſt, eum debitorem audiendum non eſſe, qui chirographum quidem ſuum ſeu cauſam obligationis agnoſcit, cæterum numerationem quæ jam huc non pertinet, interveniſſe negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod ſi probatio contra cautionem poſt biennium admitteretur, jam nec ſcriptura ad obligationem valeret, ſed tantum ad probationem: nec novum hoc eſſet obligationis genus, quod ex literis naſceretur, ſed ex re: denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non eſt in cæteris, quæ non ſunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppoſitæ: qua parte etiam major vis eſt cæterarum cautionem, quam pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem literarum non naſci, inter omnes convenit. In ſumma, nulla eſſet revera literarum obligatio, nullus effectus ſcripturæ, niſi in probatione & fide facienda, ut uni ante biennium incumberet probatio, poſt illud tempus alteri; & conſequenter expungenda eſſet hæc obligatio è catalogo verarum obligationum; cum

vere

vere debitor appellari non poſſit, qui exceptionem perpetuam habet, *l. 66. l. 12. de reg. jur.* Loci juris in eandem ſententiam manifeſti ſunt. In *l. aſſeveratio 10. C. de non num. pec.* traditur querelam ſeu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propoſitam evaneſcere: quod ad immunitatem probationis minime reſtringi poteſt. In *l. 8. C. eod.* ſcriptum eſt, eum, qui cautionem expoſuit, ſi intra biennium queſtus non eſt, omnimodo debitum ſolvere compelli. Idem expreſſum eſt in *l. 14. pr. C. eod.* ubi verbis diſertiſſimis cavetur, ut poſt biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in ſe ſuſcipit: quomodo & Græci hoc acceperunt *Harmen. l. 2. tit. περὶ ἀναργυρ. num. 4.* ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀρίθμησις εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἢ ἐνεχθῇ ἢ διαμαρτύρηται, περὶ τούτου οὐδεμίαν ἔχει δικαιολογίαν. Hoc amplius *in d. l. 14. §. 3.* illud nominatim obſervari jubetur, ut ne liceat debitori, qui queſtus non eſt, poſt biennium creditori agenti offerre jusjurandum; cum tamen alias recuſatio jurisjurandi judicialis adverſus recuſantem, qui juſtam recuſandi cauſam non habet, pro manifeſta confeſſione & probatione habeatur *l. manifeſtæ 38. de jurjur.* adeoque facilius admittenda ſit jurisjurandi delatio, qua actor teſtis & judex in ſua cauſa conſtituatur, ut rem uno verbo tranſigere poſſit, quam prolixæ & adverſus invitum ſuſceptæ probationes, *arg. l. 1. & l. 2. d. tit.* His accedit & textus *in l. ult. C. de cond. ex leg.* ubi nominatim cavetur, ne cautio poſt ſtatutum tempus condicatur. Jam vero ſi cautio oblata probatione pecuniæ numeratæ poſt ſtatutum tempus condici non poteſt, nulla ratio eſt, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probationi admitti debeat. Poſtremo uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mora ſcilicet intra biennium querela ſeu facta proteſtatione, *d. l. 14. § 10 ult.* Argumenta, quæ in contrarium afferuntur, infirmiora ſunt, quam ut hanc ſententiam convellere poſſint. Nam quod exceptiones dicuntur eſſe perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actionis proponi poſſunt. Exceptio vero doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non eſt exceptio doli ſpecialis, quæ adverſus eum, à quo dolo decepti ſumus, ut promitteremus, perpetua eſt; ſed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens, illarum naturam & conditionem ſemper ſequitur, *l. 2. §. & generaliter. 5. de dol. mal. exc.* Plane, ſi debitor dolo ſe inductum dicat, aut vi coactum, ut confiteretur, aut dicis tantum cauſa numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud ſimularetur, etiam poſt biennium ex his cauſis exceptionem eum habere, nemo eſt qui ambigat. *Don. ad l. 8. C. de non num. pec. Ant. Fab. C. ſuo eod. tit. defin. 2.* Porro non eſt iniqua exactio, ubi debitum petitur; nec iniquum, ſi rationem civilem ſpectamus eum, qui proprio chirographo ſe debere confeſſus eſt, poſt ſilentium totius biennii hanc quaſi contempti beneficii juris pœnam luere, ut confeſſioni ſuæ literis teſtatæ omnimodo ſtare, & confeſſam pecuniam ſolvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum, reſponſum eſto. Poſtremum in eos ipſos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapſus biennii totum adimit, ad biennium debitori non ſolum immunitatem tribuit probationis, ſed maxime exceptionem non numeratæ pecuniæ, *l. 3. C. d. tit.* Ergo lapſus biennii utrumque adimit: quod & expreſſum eſt *in d. l. 8. l. 9. & d. l. 14. C. eod.* Hanc noſtram ſententiam jam olim amplexus eſt, *Io. Fab. hic* aliique non citati à *Fachin. 2. controv. 81.* eaque nunc neotericis fere probatur. *Duar. ad d. tit. Cod. cap. 4. Don. ad d. l. 8. n. 21. & ſeqq. Fachin. d. l. Weſemb. hic Gudelin. lib. 2. de jur. noviſſ. cap. 6. Tulden. in comment. hic c. 3.*

Ceſſante verborum obligatione] Si cautio intervenerit, & ſimul interpoſita ſit ſtipulatio, non naſcetur quidem obligatio ex literis, ſed ex ſtipulatu: cæterum eandem vim & pro reo, & contra eum habebit, quæ futura eſſet ſine ſtipulatione, *l. 9. C. de non num. pec. §. 2. inf. de except.*

Ne ultra biennii metas] Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Juſtinianus ſubſtituit biennium continuum, quod currere incipiat à tempore emiſſæ cautionis. Ita tamen, ut hæc præſcriptio non currat minoribus 25. annis, & majores qui per juſtam abſentiam querelam movere non potuerunt, adverſus exceptionem amiſſam in integrum poſſint reſtitui, *d. l. 14. C. de non num. pecun. junct. l. 2. C. in quib. ca. in int. reſt. nec. non eſt, l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* In tempore proponendæ querelæ ſeu exceptionis dotis non numeratæ, quæ ſpecies exceptionis non numeratæ pecuniæ, diverſum nonnihil ſtatutum *l. ultim. & auth. ſeq. C. de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio ſeu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori; ſi apocha confeſſus, pecuniam ſibi ſolutam eſſe, quibuſcunque ex cauſis ſoluta dicatur, ſed tantum intra triginta dies, *d. l. 14. §. 2.* Exactoribus autem tributorum, vectigalium aliarumque publicarum functionum, contra apochas factæ à collatoribus ſolutionis prorſus non datur, *d. l. 14. §. 1.* 11

Moribus nunc fere receptum eſt, ut exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitorem ſine probatione; & creditor, qui intendit numeratam eſſe, intentionem probare cogatur; poſt 12

biennium vero audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; cæterum hac conditione, ut ipſe exceptionem probet, ſecundum ſententiam Accurſii, Bartoli & aliorum, quos ſuperius allegavimus. *Ant. Fab. Cod. ſuo de non num. pec. defin. 1. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 37. Zang. de exc. p. 3. c. 12. n. 24. Grot. 3. manuduct. c. 5.* In Gallia receptum, ut debitor poſt biennium etiam jusjurandum creditori deferre poſſit, *Autumn. & Mornac. in d. l. 14. C. de non num. pec.* Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicaſſe refert *Grænevv. de ll. abrog. ad rubr. C. d. tit.* Eadem conditione auditur & creditor poſt triginta dies adverſus apocham ſeu profeſſionem pecuniæ ſolutæ. *Ant. Fab. d. tit. defin. ult.* Apud Gallos, quæ conditio eſt cæterarum cautionum, ut ſcilicet ſtatim fidem faciant, transferantq; onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem expoſuit, eadem eſt & cautionis pecuniæ creditæ, teſtib. *Imbert. 1. inſt. forenſ. 31. Rebuff. ad conſt. reg. de chirogr. & cedul. recogn. art. 1. n. 28. & 68.* Idem de univerſo Belgio teſtatur Gudelin. *3. de jur. noviſſ. c. 6. in fin.* Sed procul dubio errat. Apud nos ſane idem quod in Gallia obſervatur: ſed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex cauſa mutui confeſſi jure communi competit adhuc in uſu eſſe, vel illud argumento eſt, quod huic beneficio & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in inſtrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renuntiari ſolet: quam renuntiationem hunc effectum habere volunt, ut creditor neceſſitate probandæ numerationis in totum exoneretur, non ut non poſſit adhuc objici exceptio, ſed ut objecta etiam intra biennium ſit ſine privilegio: ita poſt Gloſſam *in l. 3. C. de non num. pec. D. Ioann. à Sande lib. 3. rer. judic. tit. 2. defin. 1. D. Decker. lib. 1. diſſert. 6. n. 4.* qui etiam refert, Curiam Brabantiæ judicaſſe, locum non eſſe exceptioni pecuniæ non numeratæ contra inſtrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos ſumma vigere debet æquitas: licet quoad hoc diſſentiat Stracha *de mercat. tit. quomod. in cauſ. merc. proced. num. 9. Farin. contr. jur. lib. 2. cap. 86.* quorum ſententia de jure verior videtur Chriſtinæo *d. vol. 3. dec. 37. num. 16.* quamvis contraria obtineat. *Grænevv. d. loc. & ibi cit.* Notetur obiter D. Grotii *ἀμάρτημα μνημονικὸν d. lib. 3. c. 5. Merul. l. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 3.* Illud hic monere non eſt extra propoſitum, ne diu fruſtrentur creditores; apud nos & in Gallia uſu fori receptum eſſe, ut debitores initio litis cautiones ſuas vel agnoſcere, vel negare cogantur; agnoſcentes ut mox ſolvant & pecuniam conſignent, (quod *namptiſare* & *namptiſſement* vulgo appellant, recepturi poſtea, ſi nihil debere conſtiterit: negantes, ſi mendacii convincantur, pœnam dupli ſubeant, juxta *auth. contra qui. C. de non num. pec.* aut pœnam arbitrariam expectent, quod nunc magis in judiciis obſervari notat. *Rebuff. ad proœm. conſt. reg. gloſſ. 9. n. 6.* & poſt eum *Chriſtin. d. deciſ. 37. n. 12.* & conſervandi juris fiſcalis gratia traditur obligatio ſive cautio procuratori generali. *Merul. d. l.* Vid. circa hanc materiam *Imbert. lib. 1. inſt. forenſ. cap. 35. & ſeq. Rebuff. ad conſt. reg. de chirogr. & cedul. recogn. in præfat. num. 44. ſeqq. & DD. in auth.* modo citata.

TITULUS XXIII.

De obligationibus ex conſenſu.

Continuatio.

Sequitur poſtrema obligationum ex contractu ſpecies, obligatio ex conſenſu: quippe quæ ex quatuor propoſitis adhuc ſupereſt. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut literis contrahuntur, in ſe conſenſum, utpote qui communis eſt omnium contractuũ ſpiritus *l. 1. § 3. de pact.* ſed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus, & obligationis ſubſtantiam, ut res, aut verba, aut literæ cum conſenſu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi ſumus, ex conſenſu eſſe ideo dicuntur, quia conſenſu ſolo perficiuntur & conſtant, nihilque deſiderant, præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo conſenſu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio venditio, locatio conductio, ſocietas, mandatum; quæ ſingula ſingulis titulis explicabuntur.

TEXTUS.

Conſenſu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, ſocietatibus, mandatis. Ideo autem iſtis modis obligatio dicitur conſenſu contrahi, quia neque ſcriptura, neque præſentia omnimodo opus eſt: ac nec dari quicquam neceſſe eſt, ut ſubſtantiam capiat obligatio, ſed ſufficit, eos, qui negotia gerunt, conſentire: unde inter abſentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti

per epiſtolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præſtare oportet, cum alioqui in verborum obligationibus alius ſtipuletur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

1. *Quibus modis conſenſus declaretur.*
2. *Obligationum ex conſenſu pinguiorem eſſe naturam, quam obligationis verborum.*

NEque ſcriptura] Hoc dicit ad differentiam obligationis literarum, ad quam conſtituendam ſcriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis ſcripturam deſiderant, quam eæ, quæ conſenſu. Quod vero in his etiam ſcriptura ſæpe adhibetur, ideo fit, ut facilius probari poſſit, quod actum eſt; non quod ad ſubſtantiam contractus, obligationisve conſtitutionem ſcriptura pertineat, *l. 4. de fid. inſt. l. 4. de pign.* Totus hic locus ad verbum deſcriptus eſt ex Gajo *l. 2. de obl. & act.*

Neque præſentia] Ut in conficienda ſtipulatione: nam quæ obligationes re aut literis contrahuntur, ſimiliter partium præſentiam non deſiderant.

Ac nec dari quicquam neceſſe eſt] Ut in mutuo, commodato, cæterisque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationi præbet.

Sed ſufficit, &c. conſentire] Declaratur conſenſus aut certis indiciis, aut ex re factove aliquo colligitur. Indicia ſunt, veluti verba, literæ, *l. 2. de pact. l. 4. pro ſoc.* item nutus: nam & nutu conveniri poſſe, argumento eſt, quod fideicommiſſa nutu relinqui poſſunt, quamvis non relinquantur niſi ex voluntate, *l. nutu 21. de leg. 3.* Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus præcedens conventio non poteſt videri non placere. Exemplum hoc eſto: vendidit aliquis prædium meum me præſente, nec tamen aperte conſentiente: ſi pretium ex ea cauſa accepero, videbor ipſe vendidiſſe, *l. 12. de evict.* Similia exempla habemus *in l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. mand.*

Unde inter abſentes quoque] Quoniam ad conſtituendam obligationem ex conſenſu præter conventionem & nudum contrahentium conſenſum nihil requiritur; ex eo colligit Juſtinianus cum Gajo *d. l. 2. de obl. & act.* hujusmodi negotia & obligationes etiam inter abſentes contrahi poſſe, puta per epiſtolam aut nuntium. Eſt vero hoc intelligendum de nuda & ſimplici epiſtola nuntioque ſolo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium poteſt, veluti mutui, commodati, miſſa per eum pecunia aut re. Similis collectio eſt *in l. 1. pr. mandat. l. 1. §. ult. de contr. empt.*

Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo] His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui ſolo conſenſu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorem & pinguiorem, quam ea eſt, quæ naſcitur ex ſtipulatu: nimirum quod in iſtis contractibus alter alteri obligetur non in id modo, de quo convenit, aut dictum eſt, ſed etiam in id omne, quod ex fide bona ſeu bono & æquo alterum alteri præſtare oportet, quamvis de eo nihil cautum ſit; cum ex ſtipulatione obligatio eatenus tantum naſcatur, quatenus lingua nuncupatum eſt, *l. quicquid 99. de verb. obl.* Non eſt vero hoc contractuum, qui conſenſu fiunt, proprium quarto modo, ſed ad cætera quoque judicia bonæ fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium judicis ex bono & æquo, quantum in ſtipulatione nominatim facta rei interrogatio, *l. 7. de neg. geſt. l. Lucius 24. depoſ. §. in bona 30. inf. de action.* quanquam hoc loco & apud Gajum *d. l. 2. de obl. & act.* videri poteſt per excellentiam quandam hæc qualitas ſolis tribuit contractibus, qui conſenſu perficiuntur, eademque ratione his opponi ſtipulatio. De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris dicemus ex profeſſo infra *ſub §. actionum 28. de action.* 2

TITULUS. XXIV.

D. lib. 18. & 19. tit. 1. C. lib. 4. t. 38. & 40.

De emptione & venditione.

1. *Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.*
2. *Emptionis definitio, cum explicatione ſingularum partium.*
3. *Summa hujus tituli.*

EXplicaturus ordine contractus, qui ſolo conſenſu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, ſpecie hujus generis contractuum nobiliſſima, & ad vitæ communis uſum maxime neceſſaria, teſte Paulo *l. 1. hoc tit.* ubi ſcribit, originem emendi vendendique à permutationibus cœpiſſe: ſignificans, ut ipſe ſe declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægre ſuccurritur, cauſam eſſe, quod nummus inventus, & emptio introducta ſit: quod etiam docet Ariſtot. *5. Ethic. 5.* ubi nummum ait hominum inſtituto factum eſſe ὑπάλλαγμα τῆς χρείας ſuccedaneum & οἷον ἐγγυητὴν quaſi ſponſorem futuræ indigentiæ. 1

Emptio-

2 Emptio venditio eſt contractus quo id agitur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hiſce factis ſeu partibus conſtat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum conſtituunt. Factum ejus, è quo pecunia eſt, emptio dicitur, ille emptor: ejus, à quo res proficiſcitur, venditio, ille venditor. Notandum autem eſt, ſic has partes eſſe unius contractus, ut tamen partes ſint inter ſe diſtinctæ ac ſeparatæ, ut una non poſſit eſſe altera; aliudque ſemper ſit emere, aliud vendere; alius emptor alius venditor, *l. 1. in fin. h. t. l. 1. pr. de rer. permut.* Nam quod dicitur *in l. veteres 19. & ſeq. de act. empt.* veteres in emptione & venditione, ſicut in locatione & conductione, his appellationibus promiſcue uſos eſſe, id non hoc ſignificat, uſos eſſe una pro altera, ut male meo judicio D. Vultejus; ſed uſos una, puta vel ſola appellatione emptionis, vel ſola venditionis, ad utrumque intelligendum, indicandumque totum contractum, ut paſſim in hoc argumento fieri videmus: ſcilicet quia unum ſine altero neceſſe, nec intelligi poteſt, ut eſt natura relatorum. *Connan. 7. comm. 6. Donell. ad rubr. C. h. t. n. 4.* Non expreſſi in definitione, quod plerique faciunt, emptionem eſſe contractum mutuæ præſtationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, conſenſu conſtantem; quoniam ex verbis definitionis ſatis intelligitur, præter conſenſum ad perficiendam emptionem nihil deſiderari: cætera vero inſunt generi, nullus enim contractus eſt ex iis, qui conſenſu fiunt, qui non ſit διπλευρος, bonæ fidei, juris gentium, nominatus: nam conventio de pignore, pactum donationis, conſtitutum, huc non pertinent; quia non ſunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem judicium eſto. Res, quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx; pecunia, quæ pro re datur, pretium, *d. l. 1. §. 1. ſub fin. h. t.* Igitur circa hæc duo conſenſus in emptione verſatur, circa pretium & mercem; illud ut venditori detur; hæc ut tradatur emptori: ex quibus ſubſtantia emptionis æſtimanda & definienda fuit.
3 Juſtinianus hoc titulo explicat, quomodo contractus emptionis & venditionis perficiatur tam ſine ſcriptura, tum etiam, cum convenit, ut per ſcripturam fieret: inde de materia, forma, fine & effectu diſputat, quanquam nonnihil confuſe. Poſtremo de rebus, quarum venditio non conſiſtit.

TEXTUS.

De emptione pura. De pretii conventione arrhis & ſcriptura.

Emptio & venditio contrahitur, ſimul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum ſit, ac ne arrha quidem data fuerit: nam quod arrhæ nomine datur, argumentum eſt emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus quæ ſine ſcriptura conſiſtunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujuſmodi emptionibus & venditionibus innovatum eſt. In iis autem, quæ ſcriptura conficiuntur, non aliter perfectam eſſe venditionem & emptionem conſtituimus, niſi & inſtrumenta emptionis fuerint conſcripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem ſcripta, à contrahentibus autem ſubſcripta: & ſi per tabellionem fiunt, niſi & completiones acceperint, & fuerint partibus abſoluta. Donec enim aliquid deeſt ex his, & pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune recedere concedimus, niſi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim ſubſecuto, ſive in ſcriptis ſive ſine ſcriptis, venditio celebrata eſt: is qui recuſat adimplere contractum, ſiquidem eſt emptor, perdit quod dedit: ſive vero venditor, duplum reſtituere compellitur, licet ſuper arrhis nihil expreſſum ſit.

NOTÆ.

SIMULATQUE DE PRETIO CONVENERIT] *l. 2. §. 1. h. t. l. 1. §. 2. de rer. perm.* niſi aut conditionalis ſit emptio, *l. 7. h. t. l. 8. de per. & com. rei vend.* aut eam in ſcriptis fieri placuerit, ut infra.

NISI ET INSTRUMENTA EMPTIONIS, &c.] Si privata ſit ſcriptura, ſufficit inſtrumentum propria contrahentium manu perſcriptum eſſe, aut ſi ſcriptum ab alio, manu eorum confirmatum: ſi publica, non aliter inſtrumentum completum intelligitur, quam ſi à tabellione exceptum, partibus prælectum atque ab ipſis approbatum fuerit, *d. l. 17.*

QUI RECUSAT ADIMPLERE CONTRACTUM] Hoc eſt, qui recuſat emptionem perficere, aut ſtare pla.

placito emptionis & venditionis futuræ, *d. l. 17. d. verſ.* Cum enim contractus perfectus eſt, & ſemel conſtituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere poteſt, *l. 5. C. de obligationib. & act. l. 3. C de reſ. vend. l. 1. & 2. C. quand. lic ab emt. diſc.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando emptio contracta intelligatur, & quid interſit inter perfectionem contractus & conſummationem.*
2. *Re certa vendita diverſam eſſe emptoris & venditoris præſtationem: genere vendito non item.*
3. *Eſſe, qui negent, venditorem, licet facultatem tradendi habeat, præciſe teneri rem tradere, ſed præſtando id quod intereſt, defungi.*
4. *Præcipua hujus ſententiæ firmamenta.*
5. *Verius eſſe venditorem prædicto caſu præciſe teneri tradere.*
6. *Hujus ſententiæ potiſſima fundamenta.*
7. *Reſpondetur ad argumenta pro contraria opinione adducta.*
8. *Arrham dari vel ut ſymbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriuſque.*
9. *Quando res in hoc contractu deſinat eſſe integra: & duplex DD. error notatus.*
10. *Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in ſcriptis fiat.*
11. *Quando negotium, quod ſcriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur.*
12. *A contractu perfecto ſine communi conſenſu recedi non poſſe, licet arrhæ intervenerint.*
13. *Accurata contrariæ opinionis confutatio.*

1 UT primũ de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur, quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data ſit, *l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 8. de peric. & comm. rei vend. & hoc text.* Itaque in contractibus, qui conſenſu perficiuntur, diſtinguenda perfectio contractus à conſummatione ſive implemento. Emtionem & venditionem perficit ſolus conſenſus de re & pretio; conſummat rei traditio & pretii numeratio; qui extremus eſt contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta eſt, naſcitur utrinque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promiſit, ſolvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tra-
2 dat emptori, *tit. ff. & C. de act. empt.* Eſt vero præſtatio hæc emptoris & venditoris nonnihil diverſa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præſtat, venditoris facere cogitur: venditor vero tantum vacuam rei poſſeſſionem tradere: quæ res, ſi venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum: ſi non fuit, evictionis tantum nomine venditorem obligat; neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem transferre, ſed ſatisfacit obligationi, ſi præſtet, habere licere, *l. 11. §. 2. l. ſervus 30. de act. empt. l. ſi ita 25. §. 1. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Hoc ideo tam varie, ut credibile eſt, ne uſus hujus contractus impediatur. Nam & ſi venditor non præciſe obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum, tantundem tamen conſequitur emptor tradita rei vacuæ poſſeſſione & evictione, re evicta præſtita. At vero pretii, quod in pecunia numerata conſiſtit, nullus eſt uſus, niſi accipientis fiat. Adde quod pretium non in ſpecie, ſed in genere conſtituitur: generis autem debitores conſtat non liberari, niſi rem ex eo genere perfecte faciant accipientis, *l. ſi à ſubſtito 45 §. 1. de legat. 1. l. qui concubinam 29. §. pen. de legat. 3. l. heres 58. de evict.* Quam ob cauſam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta ſi quis in genere vendidit bovem aut equum, cum Bartolo *in l. 2. ſi cert. pet. n. 7.* Illud non ſatis expeditum eſt, utrum venditor,
ſi poteſtatem tradendi habeat, rem præciſe tradere 3
teneatur, an offerendo ſolutionem ejus, quod emptoris intereſt, defungi poſſit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, teſte Salieeto *in l. 4. C. de act. empt.* cenſuerunt, venditorem etiam tum, cum facultatem tradendi habet, non poſſe præciſe compelli, ut tradat, ſed ſolvendo intereſſe liberari. Conſentiunt *Alciat. ad l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod inter Duar. de in lit. jur. n. 22. Don. ad d. l. 4. C. de act. empt. Facchin. 2. contr. 30. Gædd. de contr. ſtip. c. 9. n. 65. & ſeqq.* Atq; eo quoq; inclinant, *Cov. 2. var reſol. c. 19. n. 1. Bachov. in Treutl. vol. 1. diſp 28. theſ. 2. Gudelin 3 de jur. nov. c. 7. Chriſtin. vol 3. deciſ. 54. n. 6. & deciſ 61. n. 2. item deciſ. 75. n. 5.* ubi refert, etiam magnum Senatum Mechlinienſem ſecundum hanc
ſententiam ſæpe pronuntiaſſe. Firmamenta hujus 4
ſententiæ præcipua hæc ſunt. 1. In obligationibus faciendi ita in univerſum jus eſt, ut debitor liberetur ſolvendo id, quod intereſt, *l. ſi quis 13. § ult. de re jud. l ſtipulationes 72 pr. ver. Celſus, de verb. obl* at talis eſt obligatio, qua tenetur venditor, *arg. l ſi rem 28. d. l. ſtipulationes, eod. tit.* 2. Non uno in loco traditum legimus, ſi res vendita non tradatur, in id quod intereſt, agi venditorem non tradentem, quanti interſit, condemnari, *l. 1. l. 11. §. idem ait 9. l. 12. de act. empt. l. 10. quib. mod. pign. ſolv.* 3. Hoc amplius diſerte ſcriptum eſt *in l. 4. Cod. de act. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris intereſt, condemnandũ, cum procacia ejus ſit, quo minus res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo eſt, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obſcure electio venditori tribuitur, utrum contractum

tractum perficere, hoc eſt, venditionem implere & rem tradere velit, an emptori, quod intereſt perſolvere. *l. contract. 17. C. de fid. inſtr.* Cæterum contraria opinio tantum non ubique in praxi recepta eſt, pluresque habet auctores, quibus & meum calculum addo, nimirum venditorem, cui poteſtas tradendi ſit, teneri actione ex empto, ut rem ipſam tradat, nec ſolvendo emptori id, quod ejus intereſt, obligationi ſatisfacere. *Cyn. & Bart. in d. l. ſtipulationes, de verb. obl.* item *Bart. & Caſtr. ad d. l. 1. de act. empt. Bald. in d. l. contractus C. de fid. inſtr. n. 14. Salic. in d. l. 4. C. de act. empt. Alex. Dec. Jaſ. ad l. 9. ſi cert. pet.* ex modernis *Gomez. 2. reſol. 10. n. 22. Olden. Claſſ. 4. act. 1. Mez. col. 4. de natur. empt. n. 26. & ſeqq. Ant. Fab. 6. conject. 17.* qui tamen, ut eſt inconſtans in alteram partem tranſit, *deciſ. 55. error. 4.* ſed in Cod. ſuo *tit. de pact. defin. 11.* refert, Senatum Sabaudiæ ſecundum hanc poſteriorem ſententiam judicaſſe. Ita quoque decidunt *Rot. Genuenſ. deciſ. 214. Soar. in theſib. recept. ſent. lit. V. Venditor, ſi facultatem. Pinell. in l. 1. C. de bon. matern. part. 3 num. 25.* Fundamenta hu-
6 jus ſententiæ potiſſima ſunt 1. rei æquitas, cui minime convenire videtur, ut emptor præciſe teneatur pretium ſolvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere; ut emptor rei periculum ſuſtineat, rem tamen conſequi non poſſit: denique ut propter fraudem venditoris fidem conventionis adimplere, cum poteſt, recuſantis, emptor probationi difficillimæ ejus, quod intereſt, quod & ad exiguam ſummam plerumque deducitur, *l. ult. de ſtip. prat.* adſtringatur. 2. Quod reſponſum eſt, tum non poſſe agi, ut venditor rem tradat, cum, quod multis modis accidere poteſt, tradendi facultatem non habet, *l. ſi cum fundum 68. §. ult. hoc tit.* Hinc enim à contrario recte colligitur, cum eam facultatem habet, agi poſſe, ut tradat. 3. Reſcriptum Impp. in *l. 6. C. de reſc. vend.* Unde ſic recte infertur: Si emptor duplo pretii ſub oblato ab emptione recedere non cogitur; igitur nec oblata præſtatione ejus, quod intereſt, utpote cujus æſtimatio in venditionibus duplum excedere non poteſt, *l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* 4. Probatur hæc ſententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur, venditorem oportere inprimis ipſam rem præſtare; obligatum eſſe, ut præſtet, rem habere licere, quod abſque traditione poſſeſſionis fieri non poteſt, *l. 2. l. 3. l. 11. §. 2. l. ſervus 30. in fin. de act. empt. l. Labeo 45. in fin. hoc tit. l. 8. de evict.* 5. Adhuc apertius *l. bona fides 50. & l. ſi quis 46. de act. empt.* quarum in altera ſcriptum eſt, venditorem compelli rem tradere; in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem eſt, implere contractum; aliud, id, quod intereſt, præſtare, *l. contractus 17. C. de fid. inſtr.* 6. Apertiſſime loco Pauli. 1. *ſent. 13.* ubi ſic ſcribit; Si id quod emptum eſt, neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi poteſt, ut tradat aut mancipet. 7. Idem confirmat textus in *§ 1. hoc tit.* ubi Juſtinianus expreſſe ait, emptione perfecta & pretium omnimodo ſolvendum & rem tradendam eſſe. Item alter in *§. 2. ſup. de donat.* ubi eandem traditionis neceſſitatem, quæ incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut fatendum ſit, aut ei qui donavit neceſſitatem traditionis non incumbere, aut ſi fatemur incumbere, fateamur & incumbere, ei, qui vendidit. 8. Poſtremo non poſſet venditor, ſi jure publico ei conceſſum eſſet, rem venditam, quam tradere poteſt, non tradere, modo pati velit ſe condemnari in id, quod emptoris intereſt, non tradens aut facultatem tradendi ſibi adimens, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l. 6. C. de hæred. vend. l. 10. C. de act. empt.* Ad argumenta diſſentientium non quæram operoſas reſponſiones. Fefellit eos primum, 7
quod putaverunt, omnes obligationes faciendi eſſe ejuſdem naturæ, factaque nuda & ſimplicia, ſeu quæ in meris faciendi finibus conſiſtunt, qualia ſunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, inſulam fieri, foſſam fodere, ſimilia eſſe iis, quæ in rei alicujus præſtatione & juris poſſeſſionisve tranſlatione conſiſtunt, quale eſt ejus, qui tenetur ex cauſa venditionis rem tradere: inter quæ multum intereſſe alii recte docent, *arg. l. in conventionalibus 52. §. 1. de verb. obl. l. qui res 98. §. mihi 6. de ſolut.* Nam prioris generis facta ſunt ejuſmodi quæ ut quis faciat, cogi non poſſit ſine vi & impreſſione; & ideo ne homini libero vis fiat, placet in his debitorem non præciſe ad faciendum, quod promiſit, obligari, imo factum hactenus tantum eſſe in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam poſſit, ſed id ſolum, quod intereſt; neque id ſtatim, ſed tum demum, cum tranſierit tempus, intra quod fieri potuit, quod promiſſum eſt, ut hic poſt moram, quaſi per ſpeciem quandam novationis, in locum prioris obligationis ſuccedat obligatio in id, quod intereſt, cujus jam præſtandi neceſſitatem debitor evitare, & faciendo ſe liberare non poteſt, niſi ante litem conteſtatam, *l. 14. l. ſtipulationes 72. l. ſi inſulam 84. l. ſervum 91. §. 3. de verb. obl.* At cum res aliqua tradenda eſt, non tam illud agitur, ut tradentis factum aliquod interveniat, quam ut in eum, cui res tradi debet, poſſeſſio transferatur; quod ſi facto ejus ipſius, qui ad tradendum obligatus eſt, non fiat, judicis auctoritate poterit poſſeſſio avocari, atque in eum, cui res tradi debuerat, transferri. Per *l. qui reſtituere 68. de rei vind.* Diſſimilitudo clarius apparebit ex paucis, quæ ſubjicimus. Obligationes, in quibus nudi facti præſtatio verſatur, incertæ ſunt, *l. ubi autem 75 §. qui id 7. de verb. obl.* utpote in quibus id duntaxat, quod intereſt, (quod vel ex ipſa pronuntiatione apparet incer-

incertum eſſe) ita venit, ut cum effectu peti poſſit, uti paulo ante demonſtratum. Obligatio autem venditoris certa eſt, quia non continet nudum factum, ſed cauſam bonorum, *l. 52. § 1. d. tit.* id eſt certæ rei præſtationem cum translatione dominii aut juris uſucapiendi, *l. 30. §. 3. h.t. l. 3. l. 11. §. 2. l. ſervus 30. §. 1. de act. empt.* Ponamus ergo, rem aliquā mihi pure venditam eſſe; hic dubium non eſt, quin eam ipſam rem quam emi, petere à venditore poſſim, & vel confeſtim, vel etiamnum poſt moram: ex quo porro efficitur, etiam judicem in eandem rem venditorem victum condemnare debere; non in æſtimationem; ut ſententia ſit conformis libello, juxta *l. ult. C. de fideic. libert.* At ex mera faciendi obligatione nec ſtatim agi poteſt, neque ad facti præſtationem licet poſt moram; ſed in id ſolum quod intereſt, quamvis promiſſor faciendo ante litem conteſtatam liberetur, *l. ſi inſulam 84. de verb. obl.* Quamobrem non minus vere, quam eleganter mihi ſcribere videtur Fayius *in ſupplem. ad Conn. l. 7. c. ult.* ſi factum, quod in conventionem deductum eſt, in rei alicujus præſtatione conſiſtat, ſive ad dationem dominii ve aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quam facto habendum eſſe, *arg. l. in conventionalibus 52 §. 1. junct. l. ubi 75, §. ult. de verb. obl.* uti ex contrario datio ad factum ordinata pro facto magis habenda, veluti ſi ancilla procuratori in rem ſuam conſtituto manumittenda detur. Non obſtant textus *in l. 72. pr. l. 75. §. 7. de verb. obl.* ubi fundum tradere cum aliis iiſque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniunt, quod per ſe diviſionem non recipiant, aut quod per ſe nude conſiderata incerta ſint, non recto intuleris abſolutam convenientiam. Deinde & cauſa conſideranda: poteſt enim & qui commodato aut precario rogat, rem ſibi tradi ſtipulari, & à quovis poſſeſſore. Denique & reſtituere factum eſt, & tradere ex cauſa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundo in eo decepti ſunt contrariæ ſententiæ auctores, quod exiſtimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, eſſe alternativam, in qua conſtat, electionem eſſe debitoris, *arg. l. contractus 17. de fid. inſtr.* Nam obligatio venditoris non eſt alternativa à principio, ſed ſucceſſiva, ut ſcilicet teneatur in id, quod emptoris intereſt, ſi contractum implere, id eſt, rem tradere nequeat. Nam profecto ſi alternativa eſſet, & conſequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi ſibi adimens eand. rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falſi committere dicitur? *l. qui duob. 21. ad leg. Corn. de falſ.* aut certe ſtellionatus, ſi non dixerit mercem liberam eſſe? *l. §. 1. ſtellionat.* Plane, ſi dolo aut fruſtratione venditoris fiat, quominus res tradatur, poteſt emptor ultro omiſſa petitione rei agere, ut conſequatur quod ſua intereſt; taxandum non jurejurando actoris in litem, ſed arbitratu judicis. Quo pertinet ſpecies *l. 4. C. de act. empt.* & in hanc quoque ſententiam tandem conceſſit *Bachov. not. in paratit. Weſemb. tit. de act. empt.*

Argumentum eſt emptionis contractæ] Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emptore ſolet: ſed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari poſſit conveniſſe de pretio, non quod ſine arrhatum interventu emptio non perficiatur, *l. quod ſæpe 35. pr. hoc tit.* Datur autem arrha vel ſim- 8
pliciter, ut ſit argumentum duntaxat & probatio emptionis contractæ, veluti ſi annulus detur; vel ut ſimul poſtea cedat in partem pretii data certa pecunia *l. 11. §. is qui vina 6. de act. empt. l. ult. de leg. commiſſ.* Cum arrha tantum ut ſymbolum data eſt, impleta emptione, id eſt, re tradita & pretio numerato, reſtituenda eſt emptori, utilisque in eam rem eſt actio ex empto, aut condictio ſine cauſa, *d. l. 11 §. 6. de act. empt.* cum in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii, nihilque reperitur; ſed reliqua pecunia re tradita exſolvenda eſt, *d. l. ult. de leg. commiſſ.* Utroq; autem caſu hoc evenit, ut ſi poſtea placuerit emptionem eſſe irritam, id quod arrharum nomine datum eſt, emptor repetere poſſit vel actione ex empto, vel etiam condictione ſine cauſa, *d. l. 11. § 6 de act. empt. junct. l 2. C. quand. lic. ab empt. diſc.* Et cum ergo utroque caſu etiam arrhis intervenientibus ſolo communi conſenſu ab emptione recedi poſſit, apparet datione arrharum neutrubi rem deſinere eſſe integram: conſtanter enim traditum eſt, ſolo conſenſu, licet mutuo, ab emptione, & ſimilibus contractibus recedi non poſſe, niſi adhuc res ſit integra, *l. ab emptione 58. de pact. l. 1. & l. 2. Cod. quand. lic. ab empt. diſc. § ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Quando igi- 9
tur res integra eſſe deſinit, ut ſolo conſenſu ab emptione recedi nequeat? nimirum cum aliquid præſtitum eſt eorū, quæ ex natura contractus præſtari debent, ut expreſſū eſt *in d. l. 58. de pact* puta ſi vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretiū aut partem pretii, *d. l. 1. & l. 2. C. quand. lic. ab empt. diſc. & d. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Ex quibus apparet, DD vulgo duplici in errore verſari: primum quod exiſtimant, quando arrhæ dantur in nummis, qui poſtea in pretium imputentur, rem non amplius æſtimari integram: deinde quod arrha data in argumentum contractus res ſic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione diſcedere, emptori cum amiſſione arrharum, venditori cum duplicatarum reſtitutione. Quod perquam abſurdum eſt, atque in certiſſima juris principia impingit. Sed de eo paulo poſt diligentius.

In iis autem, quæ ſcriptura conficiuntur] Poteſt

contractus emptionis ex voluntate & conventione partium aliam naturam adſciſcere, quam eſt ea, quā ex jure communi & gentium habet, ut ſcilicet ad vim & conſtitutionem obligationis ſcripturam intervenire neceſſe ſit, cum abſque tali conventione foret, ut nudo & ſimplici conſenſu perficeretur; idque non in emptione ſolum, ſed etiam in aliis cauſis uſu venit ut in permutatione, tranſactione, donatione quæ non excedit 500. ſolidos &c. *l. contractus 17. C. de fid.*
10 *inſtr.* Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter obſervandum eſt. Etenim in ſcriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto ſcriptura confecta eſt, (quippe ſolent plerumque ſcripturæ confici non ut robur & ſubſtantiam ex iis contractus accipiat, ſed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam) verum tunc demum, cum id factum eſt, ut non aliter contractus valeat, quam ſi in ſcripturam redigatur. Id vero actum intelligitur, ut recte Placentinus & Azo, non tantum cum nominatim & expreſſe convenit, ut non valeret contractus, niſi in ſcripturam redactus eſſet; verum etiam ſi ſimpliciter convenerit, ut in ſcriptis contraheretur, vel quod idem valet, ſi ab initio placuerit contractum in ſcriptis fieri: nam & hic non obſcure id agitur, ut contractus non niſi ſcriptus valeat, neq; ad hoc expreſſiorem conventionem requirit Juſtinianus *in d. l. contractus.* Conſentit *Gloſſ. hic, Caſtr. in d. l. contractus. Sichard. ibid. n. 3.* Qua etiam ratione ſi partes aut in ipſo actu contrahendi, aut paulo ante contractum petierint, ut calamus afferretur, ut accerſeretur notarius contrahendi & conficiendi inſtrumenti gratia, rem in ſcriptis geri, & ſine ſcriptura nihil actum voluiſſe, cenſeri debent. Quæ ſententia etiam rebus judicatis confirmata eſt, teſte *Ant. Fab. C. ſuo de teſtibus, defin. 23. & de fid. inſtr. defin. 14.* quanquam diſſentit. *Salic. in d. l. contractus.* Et nonnulli alii, quos allegat. Et ut cauſæ ſerviat, probare videtur *D. Decker. lib. 2. diſſert. 13. num. 3.* At vero ſi, quod ſæpe fit, poſt contractum initum, & concluſionem negotii, inſtrumentum de eo confectum fuerit, ſcriptus potius, quam in ſcriptis initus, contractus dicetur. Sicuti nec recte quis dixerit, teſtamenta nuncupativa, quod hodie frequentantur, per ſcripturam fieri, licet plerumque ſcribantur, quoniam ut ſcribantur, ad ſubſtantiam eorum non pertinet, *vid. ſup. § ult. de teſt. ord.* Sed etſi in contractu ineundo convenerit, ut de eo inſtrumentum conficeretur, ne ſic quidem id actum intelligi debet, ut contractus in ſcriptis fieret, ſed potius ut ſine ſcriptura initus perfectusque ad futuram duntaxat rei memoriam deſcriberetur. Quippe in dubio, ſi non appareat quid actum ſit, credendum eſt, ad probationem potius, quam ad validitatem actus, ſcripturam interveniſſe, cum actus talis eſt, qui ſine ſcriptura poteſt ſubſiſtere, *l. 4. de pignor. l. 4. de fid. inſtr. l. cum res 1. 2. C. de probat. & ibi Bald.* ut jure communi magis, quam ſpeciali, contrahentes uſi videantur, *l. Imperator 30. de reb. auct. jud. poſſid. alias l. 15. de priv. cred. Ant. Fab. d. loc. DD. comm. in d. l. contractus, C. de fid. inſtr. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 29. num 15. & ſeq. Andr. Fachin. 2. contr. 97.*

Niſi & inſtrumenta emptionis] Quoties placet negotium ſcriptura confici, non ante id pro perfecto habetur; quam in ſcripturam redactum eſt, inſtrumentumque ejus negotii rite confectum. 11 Si privata ſit ſcriptura, ſufficit ad completionem inſtrumenti, propria contrahentium manu id perſcriptum eſſe; modo ne quod ſcriptum eſt, pro prima ſcheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum ſit; tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut ſcheda illa in mundum redigatur. Quod ſi inſtrumentum non ab ipſis contrahentibus, ſed ab alia perſona privata ſcriptum ſit, id pro completo habetur, cum utriuſque contrahentis ſubſcriptione confirmatum eſt. Si vero inſtrumentum ſit publicum, puta conficiendum per tabellionem ſive notarium, id non aliter completum intelligitur, neque vires ullas habet, quam ſi à notario exceptum perfectumque, partibus prælectum fuerit, atque ab ipſis approbatum, *hoc text. & d. l. contractus.* De requiſitis inſtrumenti publici, & quæ de more inſeri ſolent, vid. *Covarr. pract. qu. 20. Weſemb. parat. de fid. inſtr. Althuſ. lib. 3. c. 43. n. 13. & ſeqq. cum ibi citatis.*

Donec aliquid deeſt, pœnitentiæ locus eſt] Cum contractum in ſcriptis fieri placuit, ſcriptura ad ſubſtantiam contractus pertinere incipit; & ideo quamdiu inſtrumentum perfectum non eſt, obligatio non naſcitur, & nihil dum actum intelligitur, qua de cauſa interim etiam pœnitentiæ locus eſt, licetque alterutri à negotio, quod inſtitutum eſt, ſine pœna diſcedere. Cæterum hoc ita, niſi quid arrharum nomine datum ſit. Quod cum factum eſt, placet quidem, adhuc ſine mutuo conſenſu recedi poſſe; ſed emptorem conſilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplum reſtituere, *d. l. contractus, C. de fid. inſtr. & hoc noſtro text.*

Sive in ſcriptis ſive ſine ſcriptis venditio celebrata 12
ſit] Id eſt, celebrari cœpta ſit; quam eſſe mentem Juſtiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, pœnitentiæ locum eſſe, quamdiu aliquid deeſt ad perfectionem contractus. Hoc enim ipſo aperte ſignificat, cum contractus eſt perfectus, & nihil amplius ad conſtitutionem obligationis deſideratur, pœnitentiæ locum non eſſe, nec poſſe ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipſa conſtitutione Juſtin. *d. l. contract.* Id elucet clarius, *verb. ſuper facienda emptione.*

ent. Item *non procedente contractu.* Item *qui vendere pollicitus eſt.* Quæ omnia manifeſte oſtendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ locum eſſe, niſi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur eſſe argumentum emptionis contractæ : ex eo enim ſequitur, arrhas non dari, niſi contractu jam perfecto. Reſponſ. Verum eſt, arrhas plerumq; quidem contractu demum perfecto dari ſolere : cæterum nihil prohibet, quominus & ante contractum dentur ſuper facienda emptione ei, qui vendere pollicitus eſt, quæ ſunt verba *d. l. contractus.* Et in ipſo actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid deeſt, ut eſt in hoc text. neque id tantum cùm in ſcriptis res geritur, verum etiam cum ſine ſcriptis. Neque enim ſtatim inter partes de pretio convenit : acceſſionem quoque & finium definitio ſæpe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhæ nomine dari poteſt ab eo, qui de re emenda tractare cœpit, ne quis alius
15 facile prævertat. Concedunt omnes, ſi ſine arrhis emptio celebrata ſit, recedi à negotio ſine communi conſenſu non poſſe : cæterum ſi arrhæ intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum pœnitentiæ dari, cum contractus jam perfectus eſt, & poſſe adhuc ab eo diſcedi hac conditione, ſi emptor diſcedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minime ferendum eſt. Quid enim certius hac juris ſententia, obligationi ſemel conſtitutæ renuntiare invito adverſario non licere ? *l. 5. C. de obl. & act.* Atque hoc vel maxime valet in contractu emptionis & venditionis *l. ab emptione 58. de pact. l. 1. & 2. Cod. quand. lic. ab empt. diſc.* Uſque adeo ut conſtitutum ſit, nec ex reſcripto Principis ab emptione jure perfecta recedi poſſe, *l. 3. C. de reſc. vend.* Non mutat hanc ſententiam arrharum poſt contractum perfectum interventus, ſed magis firmat: quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis cauſa, ſed confirmandæ : dantur enim tunc in hoc, ut ſint argumentum emptionis jam contractæ. *hoc text. & l. quod ſæpe 35. eod.* Jam vero abſurdiſſimum eſt, id quod ad confirmationem contractus datur, ad everſionem ejus flecti : & omnino falſum eſt, quod pro defenſione contrariæ ſententiæ affertur, datione arrharum hoc tacite agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum reſtitutione. Neque interpretis eſt, hujuſmodi tacita pacta ſine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obſtat, quod is, qui nominatim in rem aliquam ſibi cavet, aliis beneficiis & remediis renuntiare videtur, per *l. & habet 15. §. 3. de precar. l. ult. C. de pact. conv. tam ſup. dot.* Id enim tunc obtinet, quando quis ſua cautione ſibi proſpexit de re aliqua, in qua illi proſpicitur jure ſine cautione privata, ut oſtendunt exempla prædd. ll. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis ſibi privatim proſpicit. Hoc enim cũ fit, poſterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, *l. 4. §. ſi ex conventione, de re jud. l. prædia 28. de act. empt.* Et ſic etiam fit in propoſito: nam qui emit, privata cautione ſibi parat actionem ex empto; ac proinde nova cautione arrharum non debet videri à priore obligatione receſſiſſe, ſed eam magis voluiſſe confirmare. Hanc ſententiam non obſcure probant *Io. Fab. hic. Cyn. & Bart. in d. l. contractus.* certius confirmant *Oldendorp. claſſ. 4. act. 2. Weſemb. par. n. 9. Don. ad d. l. contractus, n. 12. & ſeqq. Diod. Tulden, ad tit. C. quand. lic. ab empt. diſc. n. 2. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 70. n. 2.* & conſuetudine receptam teſtatur Buſius ad *l. 35. in fin. h. t.* in Gallia tamen contrar. obtinet, teſte Pacio in *d. l. contractus n. 12.*

Qui recuſat adimplere contractum] Id eſt, qui recuſat inſtitutam emptionem perficere, aut ſtare placito emptionis & venditionis futuræ, quod ex iis, quæ præcedunt, perſpicuum eſt. *Adimplere* igitur hic poſitum pro *perficere*, ut contra *perficere contractum* dixit pro *implere*, *d. l. contractus. circa med.* Cæterũ cum proprie & diſtincte loqui volumus, emptionem perfici dicimus ſolo conſenſu in mercem & pretium, impleri harum rerum præſtatione. Illud ſimplicem perfectionem & conſtitutionem obligationis ſignificat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii & rei venditæ traditionem.

TEXTUS.

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

1. Pretium autem conſtitui oportet : nam nulla emptio ſine pretio eſſe poteſt. Sed & certum eſſe pretium debet : alioqui ſi inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æſtimaverit, tanti ſit empta, inter veteres ſatis abundeque hoc dubitabatur, conſtaretne venditio, an non. Sed noſtra deciſio ita hoc conſtituit, ut quoties ſic compoſita ſit venditio : Quanti ille æſtimaverit, *ſub hac conditione ſtaret contractus, ut ſiquidem ille, qui nominatus eſt, pretium definierit, tunc omnimodo ſecundum ejus æſtimationem & pretium perſolvatur, & res tradatur, & venditio*

ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione: venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus eſt, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo eſſe venditionem, quaſi nullo pretio ſtatuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non eſt abſurdum & in locationibus & in conductionibus tradere.

NOTA.

1. Nulla emptio sine pretio] *l.5 §.1. h.t.* quemadmodum nec ſine re, quæ veneat, *l.8. eod.* Itaque non valet emptio donationis cauſa contracta. *l.36 l.38. eod.* nec cum dicis cauſa & *ἀφοσιούμενος* res venditur uno nummo: quæ non vera; ſed imaginaria venditio eſt, *l.55. eod.* & donationis inſtar inducit, *l.46. locat. l.3. l.9. C. hoc tit.* Denique nummus unus pretium non eſt, *l.10. §. ult. de ac. poſſ.* emptionis autem ſubſtantia conſiſtit ex pretio, *l.72. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Emptionis ſubſtantiam ex pretio conſiſtere: & quid inde.*
2. *Pretium certum conſtitui oportere, & quando id conſtitutum intelligatur.*
3. *Emptionem non contrahi, cum definitio pretii generaliter alieno arbitrio permiſſa eſt ſecus ſi arbitrio certa perſona.*
4. *Quid ſi res vendita ſit eo pretio, quod duo periti à partibus eligendi conſtituent.*
5. *Arbitratoris manifeſtam iniquitatem corrigi poſſe officio judicis.*
6. *Explicabitur l. in lege 24. in pr. locat. & alia quædam obſervatu digna notantur.*

1 Quemadmodum ſine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur; *l.8. h.t.* ita nec ſine pretio, quod viciſſim præſtetur, emptio eſſe poteſt. *l. 2. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. pacta conventa 72. h. t.* ubi Papinianus ait, *emptionis ſubſtantiam conſiſtere ex pretio.* Itaque non valet emptio, quæ donationis cauſa contrahitur, *l. cum in venditione 36. l. ſi quis 38. eod.* aut cum dicis cauſa: prætextu pretii quæſito, res venditur uno nummo, *l. ſi quis 46 locat.* quæ non vera, ſed imaginaria venditio eſt, *l. nuda 55. d. l. ſi quis 38. hoc tit. l. imaginaria 16. de reg. jur.* Plane, ſi non id actum ſit, ut totum pretium condonetur, ſed res viliore pretio, licet donationis cauſa, vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam ſi hujuſmodi venditio facta ſit inter virum & uxorem, *d. l. 38.* In pretio duo deſiderantur; unum, ut id certum ſit; alterum, ut cuſtodiatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de poſteriore §. ſeq.

Certum eſſe pretium debet] Quamdiu pretium incertum atque indefinitum eſt, emptio imperfecta cenſetur, nec ulla naſcitur obligatio. Itaque ſi emere volenti venditor ſic dicat: *Habebis rem emptam, quanti poſtea æſtimabitur*, nihil adhuc actum intelligitur. Enimvero ſi traditio ſecuta ſit, volunt DD. comm. inde reſultare contractum innominatum, quam ſententiam probat *Fachin. 2. controv. 1. Buſ. in l. 1. de rer. permut.* contra *Pinell. part. 2. rubr. de reſc. vend. Gomez. 2. reſol. 2. num. 9.* Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel ſimpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo conſtat per relationem ad rem certam; veluti ſi ita dicat venditor, *quanti tu emiſti, quantum pretii in arca habeo.* Nam licet hic pretium in præſentia occultum ſit & apud contrahentes incertum, re tamen ipſa & in veritate certum definitumque eſt, *l. 7. §. ult. h. t.* Bene Juſtinianus *Quæ per rerum naturam certa ſunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint, §. pen. ſup. de verb. obl.* Quid ergo ſi venditor ſic dixerit, *Res tibi erit empta juſto pretio*, aut *eo pretio, quod juſtum declarabitur?* Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & juſti pretii modus incertus eſt; quippe quod conſtitui non poteſt, niſi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una, & æquali forma non continetur. Ita poſt *DD comm. Pinell. d. part. 2. n. 19. & ſeq. Gomez. d. loc. n. 9. Surd. deciſ. Mant. 82. n. 14. Fach. 2. contr. 1.* Aſſentior autem Surdo *d. deciſ. in fin.* & D. Tuldeno *comm hic. cap. 4.* qui venditionem juſto pretio factā valere exiſtimant, in iis mercibus, quibus publice pretium conſtitutum eſt, ut ſæpe panis, vini, frumenti, carnium, aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium magiſtratus definit. Hoc enim caſu partes per juſtum pretium non aliud, quam illud ipſum, quod publice determinatum eſt, intellexiſſe videri poſſunt. Conſtat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id quod certum eſt. Et hinc infert *Gomez. d. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici & ſimilium rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res venditur in foro publico, tali die vel tempore.

Inter veteres dubitabatur] Dubitatum olim fuit, an valeret emptio definitione pretii collata in 3
arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quaſi res omnis in arbitrium boni viri rejecta cenſeri deberet; nec incertum videri, cujus definitio pendeat à tali

Titii arbitrio, quod uno & perpetuo tenore conſtat. Alii id negavere, hoc forte argumento nixi, quod pretia rerum æſtimatione communi, non ex affectu ſingulorum, funguntur, *l. pretia 63. ad leg. Falc.* Fuere denique, qui diſtinguendum exiſtimabant, utrum electum eſſet arbitrium boni viri ſimpliciter, an vero nominatim arbitrium certæ perſonæ. Hanc quæſtionem Juſtinianus *hoc §. & l. ult. C. eod.* ita decidit, ut ſi definitio pretii collata ſit in arbitrium certæ perſonæ, puta hoc modo, *Fundus ille tibi emptus eſt, quanti Titius æſtimaverit*, hac conditione ſtaret emptio, ſi perſona nominata pretium definiret. Quod ſi ille, qui nominatus eſt, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum emptio nulla ſit, quaſi nullo pretio conſtituto. Illud autem ſemper conſtitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretii fruſtra conferri, *l. quod ſæpe 35. §. 1. hoc tit.* ne ſcilicet in poteſtate ementis aut vendentis ſit, utrum debeant, an non debeant, *l. 7. in pr. eod. l 13. C. eod. l. 2. §. 3. quod cert. loc. Pinell. d. part. 2. cap. 1. num. 6. Gomez. * reſol. cap. 2. n. 19.*

Quanti ille æſtimaverit] Arbitrator ſcilicet nominatim electus: nam ſi pretium alieno arbitrio generaliter permiſſum ſit placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinite collata, *l. ſi merces 25. princ. locat.* veluti, *fundus tibi emptus eſt, quanti alii æſtimabant*, aut *quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam perſonam, *arg. d. l. ultim. Cod. hoc tit. Pinell. d. loc. num. 5.*

4 Quid vero ſi emptio facta proponatur eo pretio, quantum conſtituent duo periti eligendi; alter ab emptore; alter à venditore? Conſequens eſt ſuperioribus, ut dicamus, emptionem non valere: quoniam ne hic quidem certa perſona deſignatur; adeoque eadem hic incertitudo eſt, quam habet deſignatio juſti pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio: nam & hæc ſic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, qui neutri improbaretur, aut ut quiſque eligeret unum, qui pretium ſtatueret aut juſti pretii modum. Quin fieri etiam poteſt, ut ipſi contrahentes circa electionem peritorum diſſentiant: neque enim hæc peritia certum uſque habet tenorem: Non obſtat *l. 16. §. ult. de pign.* nam ibi negotium ſubſiſtit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello *d. loc. num 6.* contra Fachinæum *2. contr. 1.* & ſententiam communem diſputat D. Tuldenus *comm. hic cap. 5.* communis tamen ſententia in foro obtinet, ac conſuetudine hujus ſeculi potiſſimum inter mercatores viget. *D. Paul. Buſ. in l. 1, n. 8. de rer. perm.*

Omnimodo ſecundum ejus æſtimationem] Hoc idem expreſſum eſt in ipſa conſtitutione Juſtiniani *l. ult. C. hoc tit.* Ergo etiamſi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æſtimaverit, quam valet, dicendum eſt valere contractum. 5

Sane ſi arbitrium Titii tam pravum eſt, ut manifeſta ejus iniquitas appareat, conſentiens fere omnium opinio eſt, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi poſſe. Quod ſic accipiendum eſt, corrigi poſſe, non remedio aliquo reſtitutorio, ſed officio judicis, quod actioni bonæ fidei ſubſeruit, exemplo ſocietatis. Ut enim, ſi partibus ſocietatis definiendis arbiter electus partes manifeſte iniquas conſtituerit, iniquitas arbitrii per judicem corrigitur inſtituta actione pro ſocio, *l. in propoſit. 78. & ſeq. pro ſoc.* ita quoque ſi pretio declarando ſumptus in contractu emptionis, aperte iniquum & nimis magnum definierit, & venditor illud petat, poterit judex, oſtenſa iniquitate, ex officio id moderari, propter clauſulam ex bona fide. Ita *DD. comm. hic, & in d. l. ult. C. eod.* Quæ ſententia cum ſit æquitati plane conſentanea, utiq; civiliter accipi oportet, quod hic ait Juſtinianus, omnimodo ſecundum æſtimationem arbitratoris pretium ſolvendum eſſe, ut ſcilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifeſta iniquitate, etiamſi ea dimidium juſti pretii non excedat: nam ad eam, quæ excedit, reſcindendam ſpeciale remedium competit, *l. 2. C. de reſc. vend.* Inter quæ hoc intereſt, quod officium judicis locum non habet, niſi cum re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam ſi juxta factam æſtimationem res tradita ſit & pretium ſolutum, officio judicis corrigi iniquitas non poteſt. Quod ſi ultra dimidium juſti pretii alteruter læſus ſit, hic locus eſt remedio reſciſſorio, *d. l. 2. Cod. de reſc. vend. add. Bachov. comm. hic, & D. Tulden. cap. 9.*

Pro nihilo eſſe venditionem] Igitur in propoſito non recurritur ad arbitrium alterius, tanquam electum ſit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Juſtinianum in partibus ſocietatis definiendis obtinuiſſe conſtat, *l. ſi coita 75. pro ſoc.* Quin etiam Ulpianus generaliter reſpondet, non eſſe recedendum à perſona ejus, cujus arbitrium inſertum eſt, *l. ſi quis 43. de verb. obl.* Neque hic obſtat, quod ſcriptum eſt, *l. in lege 24. pr. locat.* ſi in lege locationis comprehenſum ſit, ut alterius arbitratu opus approbetur boni viri arbitrium comprehenſum videri: nam iſtic non contractus aut ſubſtantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, ſed mercede pro opera conſtituta, & ſic contractu jam perfecto accidentale aliquid, nimirum qualitas ſeu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. 6 In hujuſmodi ſpecie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præſtetur quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat; & hoc bona fides exigit. Pari de cauſa ſi quid accidentale (nam eſſentialia non poſſunt) arbitrio alterutrius è contrahentibus permiſſum ſit, placet

in viri

in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus ſuſtineatur; qui fruſtraneus foret, ſi perſona contrahentis tantum comprehenſa intelligeretur; quippe in cujus poteſtate ſit, non arbitrari. *l. 7. pr. hoc tit. d. l. 24. locat.* In teſtamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l. 12. de reg. jur.* hoc perpetuum eſt, ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum intelligatur, & ſive is, in cujus arbitrium collatum eſt, arbitretur, ſive non arbitretur, ſemper utile ſit. *l. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.*

Et in locationibus] *d. l. ult. C. hoc tit.* Verba pene integra conſtitutionis Juſtiniani, quæ & hoc §. repetuntur, ad Gajum *in l. merces 25. princ. locat.* appinxit Tribonianus.

TEXTUS.

In quibus pretium conſiſtat. Differentia evictionis & permutationis.

2. *Item pretium in numerata pecunia conſiſtere debet. Nam in cæteris rebus an pretium eſſe poſſet, valde quærebatur; veluti, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium eſſe poſſit. Et Sabinus & Caſſius etiam in alia re putabant, pretium poſſe conſiſtere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque ſpeciem emptionis & venditionis vetuſtiſſimam eſſe. Argumentoque utebantur Græco Poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum ſibi comparaſſe ait permutatis quibusdam rebus, hic verbis:*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο παρέστασαν οἶνον ἄγουσαι.
Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Hoc eſt.

Advecta è Lemno tunc vina fuere carinis,
Inde capillati ſibi vina parare Pelaſgi:
Ære micante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipſis plerique juvencis.
Pars quoque mancipiis.

Diverſæ ſcholæ auctores contra ſentiebant; aliudque eſſe exiſtimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non poſſe rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res veniſſe, & quæ pretii nomine data eſſe: nam utramque videri & veniſſe & pretii nomine datam eſſe, rationem non pati. Sed Proculi ſententia, dicentis, permutationem propriam eſſe ſpeciem contractus à venditione ſeparatam, merito prævaluit: cum & aliis Homericis verſibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiſerunt, & in noſtris Digeſtis latius ſignificatur.

NOTÆ.

2. PERMUTATIONE RERUM EMPTIONEM CONTRAHI] Permutatio inſtar obtinet emptionis, Unde in ædilitio edicto cum permutatum eſt, uterque & venditoris & emptoris loco habetur. *l. 19. §. pen. de ædil edict.*

ANTERIORES D. PRINCIPES] Diocletianus & Maximianus, *l pen. C. de rer. perm.*

COMMENTARIUS.

1. *Summa diſputationis Pauli in l. 1. hoc tit.*
2. *Pretium in alia re, quam pecunia numerata, conſiſtere non poſſe, ex ſententia Proculi.*
3. *Excutiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus eſt, permutatione rerum emptionem contrahi.*
4. *Uſum pecuniæ ſignatæ perantiquum eſſe.*
5. *Quibus & quam validis rationibus Proculus demonſtrarit, emptionem & permutationem plane diverſa eſſe.*
6. *Defenditur Sabini & Caſſii ſententia.*

ANtiquiſſima ratio commutandi inutilia cum utilibus, & comparandi res neceſſarias, permutatio fuit: quæ cũ duo hæc incommoda haberet, unũ, quod non ſemper concurrebat, ut quod alter haberet, alter deſideraret; alterũ, quod etſi concurreret, inæqualis tamen rerum eſſet æſtimatio: invento tandem nummo, quo res cæteræ æſtimarentur, & qui men-

menſura eſſet omnium, his difficultatibus occurſum eſt; cœperuntque homines res ſibi neceſſarias comparare pretio earum in nummis ſeu pecunia numerata viciſſim dato: quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & ſecundum Nervæ ac Proculi ſententiam à permutatione multum diſtat. Hæc ſumma eſt diſputationis Pauli in *l. 1. hoc tit. & hujus loci.*

In numerata pecunia] Alterum, quod in pretio deſideratur, eſt ut illud conſiſtat in nummis ſeu numerata & ſignata pecunia. In aliis rebus pretium non poſſe conſiſtere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex ſententia Nervæ & Proculi pridem placuit, *hoc text. l. 1. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. 9. C. hoc tit. l. pen. C. de rer. perm.* Enimvero ſi pretium ab initio in pecunia numerata conſtitutum fuerit, conſentienti poſtea venditori etiam alia res in ſolutum dari poteſt contractu non mutato, *l. 9. C. de reſcind. vend.* quippe circa formam & diſtinctionem contractuum initium, non exitum, ſpectamus, *l. 1. §. idem Pomponius 13. depoſ.*

Sabinius & Caſſius etiam in alia re] Sabinius & Caſſius putabant, non tantum in pecunia numerata, verum etiam in quavis alia re pretium conſiſtere poſſe, rerumque permutatione emptionem quoque
3 & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem ſententiæ ſuæ hoc argumento; Si emptio & venditio jam tum in uſu erat, cum nondum eſſet nummus, nihil obſtat, quominus & poſt repertos nummos ſine iis conſiſtat, &c. Aſſumptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib. 7. Iliad.* refert Græcos vinum ex Lemno adjectum ſibi comparaſſe, ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo *οἰνίζοντο*, quod eſt, *οἶνον ἀγοράζειν, vinum emere, mercari.* Alium locum ejusdem Poëtæ, & qui magis pro hac ſententia facit, Paulus *l. 1. §. 1. hoc tit.* ſubminiſtrat ex libro 1. *Odyſſ. circa finem.*

Τὴν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

id eſt, *quam* (Eurycleam ancillam) *olim Laërtes emerat poſſeſſionibus ſuis.* Nerva vero & Proculus contra diſputabant, pretium non niſi in nummis poſſe conſiſtere, contractumque emptionis & venditionis à permutatione multum differre, quibus etiam cæteri fere aſſenſerunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Caſſii ex Homero non putabant eſſe magni ponderis. Nam verbum *οἰνίζοντο* eſſe ambiguum quod pro ſubjecta materia & ad permutationem & ad emptionem accommodari poſſit: & ideo apud Poëtam *d. loc.* ad permutationem potius, quam ad emptionem referendum: quod etiam Paulus notat *d. l. 1. §. 1. hoc tit.* Illa quidem,

πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν,

Sabini opinionem magis juvant: nam verbum *πρίαμαι* proprietate & vi ſua non poteſt ad alium contractum, quam ad emptionem referri: & tamen emptio iſta ſine numis facta eſt, ſive verba Homeri ſic interpretere, *emit poſſeſſionibus* aut *facultatibus ſuis*, id eſt, *de ſuo*, ſive ut alii, *emit & emptam prafecit facultatibus ſuis*, ut ſubaudiatur præpoſitio *ἐπὶ*: quoniam mox ſubjicit Poëta, pretium datum eſſe viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem ſatis eſſe videtur ad probandum, emptionem ibi revera contractam fuiſſe: quippe cum Poëtæ, dum metro ſerviunt, verborum proprietatem ſæpe negligere cogantur. Inſpicienda ſemper eſt rei veritas, quam ſi ſequimur, ſtatuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non eſſe, niſi nummi intervenerint, etiamſi dictum ſit, me fundo meo emiſſe fundum tuum: & ideo Plinius *lib. 33. c. 1.* ex Homero eandem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur improprie loqui credendus eſt, cum dicit, Græcos *vinum* emptitaſſe *coriis boum*, &c. Illud ex antiquis hiſtoriis, adeoque ex ipſa hiſtoria Moſis *Geneſ. c. 23 & c. 42. cum* 4
aliquot ſeqq. conſtat, uſum nummi & ſignatæ pecuniæ antiquiſſimum eſſe, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *l. 7. c. 56.* ſcribit, Liberum Patrem primum inſtituiſſe emere & vendere Qui Liber Pater temporibus Moſis fuiſſe dicitur multo ante bellum Trojanum quanquam primus numerorum auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longe recentior fuiſſe fertur; *Strabo lib. 8.*

Diverſa ſcholæ auctores contra] Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant, pretium rei venditæ in alia re conſiſtere poſſe, quam in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diverſam eſſe ſpeciem contractus à permutatione. Sic vero 5
illi argumentabantur. In contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo diſtincta eſſe oportet, pretium & mercem: ſicut enim aliud eſt emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, ita & aliud pretium, aliud mercedem eſſe. At in permutatione uti diſcerni non poteſt, uter emptor, uter venditor ſit, ita nec utra res videatur veniſſe, utra pretii nomine data. Rationem autem non pati, ut dicamus, utramq; & veniſſe & pretii nomine datam, *l. 1. § 1. in fin. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Atque hæc Proculi & Nervæ ſententia tandem obtinuit, & conſtitutionibus Principum comprobata eſt, *l. pen. C. de rer. perm.* Paulus in *d. l. 1. de rer. perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, ſed ſufficit ei ob evictionem ſe obligare, poſſeſſionem tradere, & purgari dolo malo: itaque ſi evicta res non ſit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, *d. l. 1. pr. junct. §. 1.* 2. Quod in emptione ex nuda con-

ſentientium voluntate obligatio naſcitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §. *2. ejusd. l. congruit l. 3. C eod.* ſed utrumque hoc eſt à civili jure Romanorum.

Alius Homericis verſibus] Puto, eos verſus ſignificari, quos Paul. *l. 1. §. 1. h. t.* citat ex *lib. 6. Iliad.* ubi Poeta refert. Glaucum centum boum arma aurea permutaſſe cum æreis Diomedis armis novem boum. Quo loco utitur verbo ἀμείβω, quod eſt proprium permutationis. Eosdemque verſus in hanc ſententiam etiam Theophilus citat. Sed profecto parum in utramque partem valere debet auctoritas Poetæ, quem dici poteſt, dum metro ſervire cogitur, verborum proprietatem inſuper habuiſſe.

Validioribus rationibus] Validiſſimum illud argumentum eſt, quod in contractu emptionis res & pretium diſtincta eſſe debent: quod nec Sabinus negabat: & tamen neceſſario inde ſequi videtur, pro re non poſſe aliam rem ut pretium dari, ſed opus eſſe pecunia ſignata: alioqui emptionem non eſſe, ſed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique & Nervæ ſententia ſpecioſe diſputantur.
6 Cæterum ſi quod res eſt, fateri, & libere philoſophari volumus, verior eſt illa Sabini & Caſſii, qui rebus etiam invicem permutatis, rite venditionem perfici dixerunt eamque eſſe antiquiſſimam emptionis & venditionis ſpeciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis circa nummum fierent, utique venditor ab emptore, pretium à merce diſtinguebatur: atque hoc tum ex rebus ipſis, quæ dabantur, tum ex animo & propoſito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei ſuæ diſtrahendæ permutabat, erat venditor; qui alienæ habendæ, emptor. Æs, ferrum, aurum, argentum rude, pro pretio erant: ſed & per boves quoque rerum æſtimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum, quod è Lemno in caſtra Achæorum advehebatur, merx erat, qui advehebant, venditores; Achæi autem emptores; pretium, quo vinum ſibi comparabant, æs, ferrum, bubulæ pelles, boves, &c. Didymus in Homer. οἰνίζοντο οἶνον, ὠνοῦντο. Laertes emptor Euryclcæ, pretium viginti boves. Idem Poeta arma Glauci & Diomedis pretio æſtimans dicit, illum ἑκατόμβοια hunc ἐννεάβοια habuiſſe. Quod ſi negamus, permutationem veteribus uſitatam venditionis & emptionis nomine appellandam, cur hæc omnia in ſuis permutationibus diſtincta nominibus agnoſcunt, emptorem, venditorem, mercem, pretium, ὠνὴν πρᾶσιν, ὦνον φόρτον? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ ſignatæ res alia, puta æris, argenti aut ferri rudis maſſa, aut quid aliud, quod in ἀντιδόσει detur pretio fungi queat, licet ex nummi uſu certius hæc diſtincta? Eſt tamen ſpecies aliqua permutationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione plane diverſa, & in qua nullo modo diſcerni poteſt, ut emptor uter venditor ſit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem ſuam cum altero permutat, qui nec ipſe rem alienam emptam velit; ſed cum ita inciderit, ut huic res alterius, illius alteri placeat, ſi de commutando invicem convenerint, veluti ſi arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur: quod genus permutationis Græcis proprie ἀμοιβὴ, Gallis *troq.* Batavis, *rupling.* appellatur: quibus verbis emptionis & venditionis nomine minime conveniunt. Fuſius in hanc ſententiam diſſerit doctiſſimus Salmaſius *lib. de uſur. c. 13.* & tanto judice in hac quæſtione vincit ſchola Caſſii & Sabini.

TEXTUS.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3. Cum autem emptio & venditio contracta ſit, (quod effici diximus ſimulatque de pretio convenerit, cum ſine ſcriptura res agitur) periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, tametſi adhuc ea res emptori tradita non ſit. Itaque ſi homo mortuus ſit, vel aliqua parte corporis læſus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte, incendio conſumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus ſit, ſive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longe minor aut deterior eſſe cœperit, emptoris damnum eſt, cui neceſſe eſt, licet rem non fuerit nactus, pretium ſolvere. Quicquid enim ſine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor ſecurus eſt. Sed & ſi poſt emptionem fundo aliquid per alluvionem acceſſerit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus eſſe debet, cujus periculum eſt. Quod ſi fugerit homo, qui veniit, aut ſurreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervene-

venerit, animadvertendum erit, an cuſtodiam ejus usque ad traditionem venditor ſuſceperit: Sane enim ſi ſuſceperit, ad ipſius periculum is caſus pertinet: ſi non ſuſceperit, ſecurus eſt. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Vtique tamen vindicationem rei, & condictionem exhibere debebit emptori: quia ſane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipſe dominus eſt: idem etiam eſt de furti, & de damni injuriæ actione.

NOTÆ.

3. Cum sine scriptura] Et pure: nam ſi ſub conditione, non ante emptio perficitur, quam conditio impleta ſit: & ideo interim periculum venditorem reſpicit, *l 7. h. t. l. 8. de per. & comm. rei vend.* cui reſpectu periculi ſimilis venditio vini, olei, &c. pretio in ſingulas amphoras aut metretas conſtituto, *l. 35. § 5. h. t.*

Periculum rei venditæ] Id eſt, certæ ſpeciei. Aliud eſt, ſi quis v. c. vendiderit decem boves in genere: nam genus perire non poteſt, *l. 11. C. ſi cert. pet.*

Emptori tradita non sit] Dummodo culpa aut mora venditoris non intercesserit, *l. 13. l. 91. §. 3. de verb. obl.*

Sine dolo et culpa] Emptio & venditio eſt contractus, in quo utriusque utilitas verſatur. Itaque ex natura horum contractuum venditor non niſi dolum & culpam præſtat, *l. 5. §. 2. commod.*

Damni iniuriæ] Ex lege Aquilia, *v. inf. lib. 4. tit. 3.*

Commentarius.

1. *Summa juris conſtituti de periculo & commodo rei venditæ.*
2. *Quando emptio perfecta intelligatur: ex quo de periculo & commodo ſtatuendum.*
3. *Periculi nomine plerumque quidem etiam caſum fortuitum intelligi, ſed non ſemper.*
4. *Quid ſi res vendita, quæ pondere, numero, menſura conſtet.*
5. *Quid ſi vinum, quod veniit, deguſtatum ſit, nondum admenſum.*
6. *Conventione naturam contractus immutari poſſe: & quid ſi culpa aut mora venditoris intervenerit.*
7. *Auctoritates & rationes, quibus evincitur, rei venditæ periculum ſtatim ad emptorem pertinere.*
8. *Occurritur argumentis auctorum contrariæ ſententiæ, & explicatur l. 33. locat.*
9. *Quid juris apud nos ex conſtitut. Caroli V. 1529.*
10. *Venditorem levis duntaxat culpa, non etiam leviſſimæ nomine teneri, niſi cuſtodiam rei in ſe ſuſceperit.*
11. *Cur vindicatio rei & cæteræ actiones hic memoratæ ante traditionem emptori non competant, ſed à venditore ei præſtandæ.*

Introducitur hoc loco quæſtio de periculo & commodo rei venditæ & nondum traditæ, ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditoremne, an ad emptorem. Quæſtio inſignis, & quæ ſeparatim 1 propriis *tit. in π. & C.* explicari meruit. Summa juris de hac ſpecie conſtituti hæc eſt: Placet ſimul atq; emptio perfecta eſt, licet res nondum tradita ſit, omne commodum, & viciſſim omne periculum atque incommodum rei, quod ſine facto venditoris contingit, emptorem ſequi. Sententia innumeris locis tradita, *l. 7. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 1. l. 4. l. pen. & ult. C. eod. l. quod ſæpe 35. §. ſi res 4. hoc tit. l. 5 §. ultim. de reſc. vend. cum ſimilib. & hoc text.* Quamobrem neceſſario ſciendum eſt, quando emptio perfecta cenſetur: tunc enim ſciemus, cujus periculum aut commodum ſit. Et quidem ſi pura eſt 2 emptio, & ſine ſcriptura negotium geritur, ſtatim ea perfecta intelligitur, ut de pretio convenit: ſi in ſcriptis rem geri placuit, inſtrumento contractus rite confecto; tunc enim obligatio conſtituta eſt, à qua ſine communi conſenſu recedere non licet, ſed hoc ſolum reſtat, ut partes fidem contractus impleant, emptor pretium perſolvat, venditor rem tradat, ad quod ille actione ex vendito, hic actione ex empto compelli poteſt, de quo uberius explicatum eſt *in pr. hujus tit.* Quod ſi ſub conditione emptio contracta ſit, tunc ea perficitur, cum impleta fuerit conditio, *l. ſi quis 37. h. tit. d. l. 8. de peric. & commod.* Itaque ubi pure res venit, ſtatim periculum & commodum ad emptorem reſpicit: ubi ſub conditione cum conditio extiterit: nam ſi defecerit conditio, nulla eſt emptio: pendente autem conditione quod damnum aut commodum contingit, ad venditorem pertinet; ut tamen ſi res adhuc extet, licet caſu aliquo deterior facta, placeat damnum emptoris eſſe: diſtinctio tradita *in d. l. 8. de peric. & comm. rei vend. facit l. 10. eod. l. 5. C. eod.* Qui vero periculum dicit, is quidem 3 plerumque etiam caſum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. ſi gratuitam 17. §. 1. 2. pen. de præſcript. verb. l. 12. cum 2. ll. ſeqq. de peric. & commod.*

mod. l. 1. C. de commod. l. 9. C. de pign. act. ſed non ſemper. Nam interdum etiam periculo noſtro res eſſe dicitur, in qua culpam præſtamus, & maxime leviſſimam, nam etiam caſum improviſum, *l. 13. §. 1. de lib. cauſ. l. qui mercedem 40. locat. l. non ob eam 25. pro ſoc. l. 14. §. qualis 16. de furt. l. 1. §. ſæpe. 35. depoſ. l. 3. pr. naut. caup. ſtab.* & paſſim hæ phraſes occurrunt, *periculum cuſtodiæ ſubire; periculo culpæ, negligentiæ ſubjici, adſtringi, illigari, l. un. §. quod ſi 4. furt. adv. naut. caup. l. tutores. 39. §. tutores 12. & l. ſeq. de adm. tut. d. l. 1. §. ſæpe depoſ.* In quæſtione
4 propoſita prior ſignificatio obtinet. In rebus, quæ pondere, numero, menſura conſtant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea ſervantur, quæ in cæteris, ita ut ſimul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiamſi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio (utique ratione periculi) quam ſi admenſæ, appenſæ, adnumeratæ ſint. Eſt vero in his rebus probata hæc diſtinctio ut ſi omne vinum vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio ſeu averſione venierit, idem juris ſit, quod in cæteris rebus perfectaque emptio intelligatur, ſtatim ut de pretio convenit. Quod ſi hæc non uno pretio, ſed ita venierint, ut in ſingulas amphoras vini, in ſingulas metretas olei, in ſingulos modios frumenti, in ſingulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius, quantum ad periculum, perfecta videatur venditio, quam res hujusmodi adnumeratæ, admenſæ, appenſæve ſint, quaſi venditio ſub hac conditione contracta ſit: textus elegans *in l. quod ſæpe. 35. §. in his 5. hoc tit. l. 2. C. de per. & comm. rei vend.* Ergo ſi quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem non ad emptorem, id pertinebit, quaſi imperfecta adhuc emptione, *l. 1. de peric. & commod. d. l. 2.*
5 *C. eod.* Quid autem dicimus, ſi vinum deguſtatum ſit, ſed nondum admenſum? Non poterit verum eſſe, quod dici ſolet, pleniſſime videri veniſſe vinum, cum fuerit deguſtatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem ſpectare, *d. l. 1. de peric. & commod.* Id enim tunc recte dicitur, cum ſingulatim emptæ ſunt certæ vini amphoræ perfectaque venditio eſt. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam cauſam eſſe deguſtandi vini, aliam metiendi: guſtum enim ad id tantum proficere, ut improbare liceat, menſuram vero non ut plus vel minus veneat, ſed ut appareat, quantum ematur, *l. ſi in emptione 34. §. alia cauſa 5. hoc tit.* Proinde facta etiam deguſtatione, cum nondum perfecta emptio eſt periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris, non minus quam ſubſtantiæ, ſpectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Plane ſi emptor vina deguſtaverit, & male probaverit, jam tum forte acida aut mucida, de ſe queri debebit, nec eo ſolo prætextu, quod nondum perfecta ſit emptio, ea improbare poſtea poterit, quæ ſemel probavit, *l. ſi vina. 15. de peric. & commod. vid. Gloſſ. & DD. in d. l. quod ſæpe §. 4. & 5. hoc tit. & ad l. 1. π. l. 2. Cod. de peric. & commod. rei vend. Gomez. 2. var. reſolut. c. 2. n. 32. Afflict. deciſ. 208. n. 4. & dec. 399. Ant. Capic. dec. Neap. 14.* eleganter Ant. Fab. *Cod. ſuo de per. & commod. rei vend. defin. 1. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 74.* Atque ita quidem, ut diximus, res ſe habet ex natura contractus. Cæterum 6
ſciendum eſt, naturam contractus poſſe immutari conventione contrahentium, atque effici, ut & damnum, quod poſt perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, ſed ad venditorem pertineat; & quod ante perfectam emptionem contingit, pertineat ad emptorem, *l. 1. l. 10. de per. & comm. rei vend.* quippe contractus ex conventione legem accipiunt, *l. contractus 23. de reg. jur.* Præterea regulam, ſecundum quam periculum poſt perfectam venditionem ad emptorem reſpicit: non ſequimur, ſi res perierit aut deterior facta ſit culpa venditoris; ſed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriusque utilitas verſatur, ut dolum & culpam venditor præſtet, *l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur.* Pertinet huc ſpecies *l. 12. junct. l. 14. in pr. de peric. & commod.* Poſtremo & mora venditoris regulam mutat, facitque, ut periculo rei venditæ etiam poſt perfectum contractum venditor ſubjiciatur, *l. 4. l. ult. C. eod. tit.* Sed hic vires recipit regula, ſi poſtea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, *l. illud 17. d. tit.* eſtque hoc jus commune omnium debitorum, *l. 5. de reb. cred. l. ſi ex legati 23. l. ſi ſervum 91. §. 3. de verb. obl.*

Periculum rei venditæ ad emptorem ſtatim pertinet] Hoc conſtanter à veteribus traditum eſt, cum o- 7
mnibus aliis locis, quos ſuperius in hanc ſententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, ut *l. 10. § 1. l. 11 de per. & commod. l. 2. §. 1. l. 4. §. idem 4. de in diem addict. l. ſi ea res 11. de act. empt. l. ult. de cond. ca. dat. l. 15. de jur. dot. l. 11. §. plane 9. & ſeq. quod vi aut clam. l. ſoluturus 39. de ſolut.* efficiturque etiam his rationibus. 1. Quoniam caſus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præſtantur, *l. 6. C. de pign. act.* imo in univerſum nullo judicio, *l. 23. de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, venditor non niſi dolũ & culpam in re vendita præſtat, *l. 5. §. 2. com.* 3. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, ſi ea res ſine culpa eorũ perierit, *l. ſi ex legati. 23 de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* 4. Quia ad quem pertinet commodum, is ſecundum naturæ regulam & incommodum ferre debet. Atqui illud pertinet 8
ad emptorem, &c. Objicitur tamen huic ſententiæ

l. 9.

l. 9. C. de pign. act. ubi Impp. conſulti, ſi res pignori data caſu perierit, utrius id detrimentum ſit, debitoriſne, an creditoris, reſpondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit ſententiam, ut neceſſe ſit rem perire ei, qui rei dominus eſt. Hoc autem ſi verum eſſe fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam & nondum traditam periculo venditoris intereміſſe, eamque non emptori perire, ſed venditori, utpote qui rei dominus maneat usque dum tradita ſit, *hoc §. in fin.* Reſpondeo, male ex *d. l. 9.* generaliter colligitur, rem ſemper perire ſuo domino: ſed hoc recte perire ſuo domino, ſi idem dominus ſit & creditor in ea re, id eſt, cui res ex obligatione reſtitui debet; uti accedit in re depoſita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione ſortis debitor dicitur, ſed in repetenda re pignorata creditor eſt. In his inquam omnibus recte dicitur, ſi res debita caſu pereat, eam perire domino, nimirum quia idem eſt creditor, qui dominus: eſt autem regula certi & perpetui juris, ſi res debita ſine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *l. 5. de reb. cred. l. 23. de verb. obl.* At ex diverſo, ſi idem qui dominus rei eſt, ſit & debitor ejusdem rei, puta ex cauſa legati, ſtipulationis aut venditionis, ſemper adverſario res perit, domino nunquam: quod efficitur ex eadem regula, ſecundum quam creditori res perit, etiamſi dominus non ſit; debitori non perit, quamvis idem ſit dominus, *dd. loc.* Unus locus Africani *in l. ſi fundus 33. locat.* turbavit ſummos viros, Cujacium *tract. 8. ad African. Borcholt. Vultejum hic,* ut contra tot expreſſos textus, & manifeſtam rationem juris, putarint & docuerint, periculum rei venditæ, usque dum tradita ſit, ad venditorem pertinere. Ego vero nihil video apud Africanum, quod hanc ſententiam juvet. Ait Africanus, *Si fundus venditus prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium reſtituat.* Igitur in ſpecie illic propoſita res proprie non perit, ſed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cum evenit tenetur venditor, actiones ſuas emptori præſtare, *l. 14. pr. de furt. & in calce hujus §.* Quod ſi nullas actiones venditor habeat, aut, in caſu *d. l. ſi fundus*, culpa ſua inanes, ob hoc ipſum damnandus eſt, *l. quod ſæpe §. 4. hoc tit.* utique ut pretium reſtituat, *d. l. ſi fundus.* Recte autem DD. ſtatuunt, in ſpecie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris: nam ut forte injuria judicis id factum ſit, tamen contraria præſumptio eſt, debetque hoc factum potius venditori nocere, adverſus quem ſententia lata eſt, quam emptori *l. ſi per 51. de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet hactenus, ſaltem teneri venditorem, ut pretium reſtituat, non etiam ut id præſtet, ſi quid pluris emptoris interſit, ut fit, cum res judicio evicta eſt, *l. ſi in venditione 70. l. evicta 70. de evict.* Sed & ſi fundus uſus publici gratia in ſpecie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum eſt, ut venditor pretium reddat, cum eo caſu à fiſco iterum tantundem accipiat. Hæc 9
autem diſpoſitio juris civilis circa periculum rei venditæ & necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: ſed an idem rei immobilis venditæ ante traditionem coram magiſtratu loci rite factam periculum æque ad emptorem ſpectet, dubitatur propter conſtitutionem Caroli Quinti, editam anno 1529. qua conſtitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis, quæ facta non eſt coram judice loci, ubi res ſita, aut ſi ſint bona feudalia, coràm paribus Curiæ, *Grot. 2. introd. cap. 5.* paucis caſibus exceptis, vid. *Grænevv. de ll. abrog. ad tit. 23. lib. 3. Inſtit.* Agitata fuit hæc quæſtio incidenter apud Curiam Hollandiæ. Plerique cenſuere, Carolum Principem hac ſua conſtitutione etiam in hoc à jure communi receſſiſſe, quod rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem pertinere voluerit: quanquam Senatus nihil definivit, ſed propter opinionum varietatem amplius deliberandum cenſuit, *deciſ. Cur. Holland. 32. Grænevv. d. tract ad hunc §.* memorat, Curiam poſtea judicaſſe, nihil juri ſcripto in eo de quo quæritur, per d. conſtitutionem Carolinam derogatum videri.

Commodum ejus eſſe debet, cujus periculum eſt] Secundum naturam eſt, commoda cujusque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda, *l. 10. de reg. jur.* Proinde cum omne incommodum rei venditæ, quod poſt perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, juſtum & æquum eſt, ut viciſſim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem ſequantur *l. 7. de per. & comm rei vend. l 1. C. eod.* velut ſi quid poſtea fundo vendito acceſſerit per alluvionem, *hoc text. & d. l. 7.* item fœtus pecudum, partus ancillarum, *l. pen. C. de act. empt. l. 8. de evict.* fructus etiam jam maturi, *l. 13. §. ſi fructibus 10. l. qui pendentem 25. de act. empt. l. fructus C. eod.* mercedes ex operis, aut vecturis: penſiones ex locatione, *d. l. 13. §. item 13. de act. empt. add. Don. ad l. 1. C. de per. & comm. rei vend. Gomez. 2. reſol. 2. n. 11. Covarr. 1. de reſol. & Chriſtin. vol. 3. dec. 7. 4.*

Quod ſi fugerit homo, &c.] Non tantum ſi res vendita perierit aut deterior facta ſit, damnum emptoris eſt; verum etiam ſi ex poteſtate venditoris exierit, ut tradere eam non poſſit; veluti ſi fugerit homo aut aliud animal, quod venierit, aut res quælibet ſurrepta amiſſave fuerit. Eſt vero eadem hic pro-

bata diſtinctio, quæ in cauſa rei corruptæ aut peremptæ, videlicet ut ſi culpa venditor tale quid evenerit, venditoris detrimentum ſit; ſi culpa venditor careat, emptoris, *l. quod ſæpe 35. §. ſi res 4. h. t. l. ſi ea res 31. de act. empt. & hoc text.*

10 *An cuſtodiam ejus usque ad traditionem*] In contractibus, in quibus utriusque verſatur utilitas, cujus generis eſt emptio venditio, præſtatur dolus & culpa, *l. 5. §. 2. commod.* ac proinde etiam cuſtodia & diligentia à venditore exigitur, non utique ſumma & exactiſſima, ſed media, id eſt, talis qualem vulgo bonus & frugi paterf. rebus ſuis adhibet: quam ſi præſtiterit, ſecurus eſſe debet, *d. l. quod ſæpe 35. §. 4. hoc tit.* Non obſtat *l. 2. in fin. aut. l. 3. de peric. & commod.* quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, menſura, conſtant, venditis; in quibus non ſemper nudus conſenſus venditionem perficit, *l. 1. §. 1. d. tit. d. l. quod ſæpe §. 5.* Fuſius hoc jam ante explicui. At enim vero ſpeciali conventione arctius venditor obligari poteſt, puta, ut præſtet etiam ſummam diligentiam ac cuſtodiam majorem, quam natura contractus deſiderat, *l. contractus 23. de reg. jur.* quod tunc etiam agi intelligitur, cum venditor cuſtodiam rei in ſe ſuſcipit, id eſt, cum convenit, ut venditor cuſtodiam præſtet: alioqui nihil operatur illa conventio, cum, ut jam dictum eſt, mediocris cuſtodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præſtetur. Itaque cuſtodiam in propoſito accipere debemus φυλακὴν ἀκριβεστάτην cuſtodiam majorem, quam natura contractus deſiderat. *fac. l. qui mercedem 40. locat.*

11 *Si non ſuſceperit, ſecurus eſt*] Suſcepta rei venditæ cuſtodia nihil venditorem excuſat, præter caſum & vim majorem: non ſuſcepta excuſatur, ſi ſine dolo aut culpa ejus ſervus fugerit, res ſurrepta aut amiſſa ſit, *d. l. quod ſæpe §. 4. h. t. l. ſi ea res 31. de act. empt.* intellige hactenus, ut cum eo agi ex empto non poſſit, ut rem tradat, aut ſolvat intereſſe: nam ad alia adhuc tenetur, quæ ſine incommodo ſuo præſtare poteſt, ut mox audiemus.

Utique tamen vindicationem, &c.] Quamvis venditor, cujus dolo, aut culpa, aut, in caſu cuſtodiæ ſuſceptæ, leviſſima negligentia nihil factum eſt, re amiſſa aut ſurrepta hactenus ſecurus ſit, ut conveniri actione ex empto non poſſit, ut rem tradat aut præſtet intereſſe; nihilominus tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, *d. l. quod ſæpe 35. §. 4. h. t. l. ſi ea res 31. de act. empt. l. 14. pr. l. ſi vendidero 80. de furt. & hoc text.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vindicatio rei, condictio, actio furti, & damni injuria.

Vidicationem & condictionem] Condictionem intellige furtivam, quæ venditori datur, cum res furto ablata eſt. Neutra harum actionum alii competit, quam domino, ut videbimus *inf. §. 1. de act. & §. ult. de obl. quæ ex del.* & hæc cauſa eſt, quod emptori in propoſito competere non poſſunt; quippe qui dominus non eſt, ut mox ſequitur.

Adhuc ipſe dominus eſt] Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem *d. l. 14. pr. de furt. l. ſi ager. 50. de rei vind.* adeoque in univerſum ita jus eſt, ut non nudis pactis aut contractibus, ſed traditionibus dominia rerum transferantur, *l. 20. C. de pact.* Quinimo etſi res emptori tradita ſit, dominium tamen a venditore non recedit, antequam ei ſatisfactum ſit *l. quod vendidi. 19. hoc tit. §. vendita 41. ſup. de rer. diviſ.* ubi hoc à nobis explicatum eſt.

Idem eſt de furti & damni injuria actione] Non ſolum condictio re vendita ante traditionem furto ablata venditori competit, ſed etiam pœnalis actio furti: non quod hæc actio ſoli domino detur: ſed quia rem non emptori, ſed venditori ſurreptam proponimus: alioqui omnibus ea actio datur, quorum intereſt rem ſalvam eſſe, ſi videlicet his ipſis ſurrepta ſit. Et igitur cùm hic ſolus venditor actionem furti habeat, eam quoque mandare emptori debet, *d. l. 14. pr. l. ſi vend. 80. de furt.* Damni injuria actio lege Aquilia conſtituta eſt, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio ſoli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in propoſito competit, & emptori credenda eſt. De damno injuria dato agitur *in ſol. lib. 4. tit. 3.*

TEXTUS.

De emptione conditionali.

4. *Emptio tam ſub conditione, quam pure contrahi poteſt. Sub conditione, veluti,* Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

NOTA.

4. Tam sub conditione] *l. 7. h. t. l. 8. de per. & comm. &c.* Poteſt & pure ſic contrahi ut ſub conditione reſolvatur, *l. 4. eod. l. 6. C. de reſc. vend.* quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maxime celebratæ, quarum altera addictio in diem, altera lex commiſſoria dicitur, vid. *tit. de in diem addict. & tit. de leg. commiſſ.*

Commentarius.

1. *Emptionem contractam ſub hac conditione, ſi res*

res emptori intra certum tempus placuerit, valere; non valere indefinite ita contractam, ſi emptori placebit: & cur tam varie.

2. De retractu conventionali & legitimo remiſſive.

3. In diem addictio & lex commiſſoria quomodo tranſigantur.

Contractuum omnium hoc commune eſt, ut non pure tantum, ſed etiam ſub conditione iniri poſſint. At enim vero hujuſcemodi conditio. *Si res intra certum diem placuerit,* non temere in ullo contractu, ſi venditionem exceperis, occurrit.
1 In venditione autem frequens eſt: nemo enim facile aliquam rem emit, puta ſervum, equum, vinum, ſine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cum res ita veniit, ut eſſet empta tot aureis, ſi intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium conſenſum eſt, ſed obligatio conditione ſuſpenditur? quo conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut ſi intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio conſtituta ſit: ſin minus, nulla videatur obligatio fuiſſe. Itaque non eſt contrarium, quod placet hujusmodi emptionem non valere, *Quanti voles*, vel *Si placebit*, habebis emptum, *l. quod ſæpe. 35. hoc tit. l. 13. C. eod.* ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circumſcriptam voluntatem emptoris: quod fieri non poteſt, ne ſemper in poteſtate ſit emptoris, utrum obligetur, necne, *l. 7. hoc tit.* At in caſu noſtro arbitrium emptoris non eſt perpetuum, ſed concluſum intra certum tempus. Adde quod his formulis, *Quanti voles; Si placebit,* in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipſa ſubſtantia contractus, vel quod de ſubſtantia eſt. quod inutiliter fieri conſtat, *d. l. quod ſæpe 35. §. 1. & d. l. 13.* In caſu autem hic propoſito, ubi de re & pretio jam convenit, non de ſubſtantia negotii aut parte aliqua ſubſtantiali arbitrium emptori datur, ſed de rei in conventionem deductæ qualitate duntaxar, puta bonitate, colore, ſapore, aut ſimilibus accidentibus quæ cum rei probatione, improbationeve arbitrio contrahentium permitti poſſunt, *Gomez. 1. var. reſol. 2. n. 19.* Porro ut ſub conditione emptio poteſt contrahi, ita & pure ſic contrahi poteſt, ut ſub conditione reſolvatur: cujusmodi conventionum exempla occurrunt ſub *tit. Cod. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio eſt, cum ea lege res emitur, ut ſi intra certum tempus diſplicuerit, liceat reddere *l. 3. hoc tit. l. 6. C. de reſc. vend. l. 4. C. de ædil. act.* adeoq; valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat; quippe qua conventione non perfectio contractus voluntate ſuſpenditur emptoris, ſed reſolutio, *l. quod ſi nolit. 31. §. ſi quid 22. de ædil. edict. Gomez. d. l. & num. in fin.* Ejusdem generis eſt 2
& pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocunque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita reſtituatur, *l. 2. C. de act. int. empt. & vend. ibi DD.* Eſtque hoc pactum, ſeu potius jus eo pacto quæſitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilitii ſeu legitimi, cujus olim vix uſus, nunc frequens. De utroque retractu ex profeſſo ſcripſit vir Juriſconſultiſſimus D. And. Tiraquellus Legitimum noſtro idiomate *Naeſting* dicitur, quod jus quibus perſonis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet *D. Grot. 3. introduct. ad juriſpr. Bat. c. 16.* conſule porro *Grœnevv. d. ll. abrog. ad l. 14. C. de contrah. empt. & ibi laudatos.*
Duæ conventiones ex hoc genere præcipue celebrantur, propriisque explicantur *tit. in π.* addictio in diem, & lex commiſſoria. Addictio in diem his verbis tranſigitur, *Ille fundus centum eſto tibi emptus, niſi quis intra Calendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat, l. 1. & paſſim de in diem add.* Lex commiſſoria eſt, cum quid ita venditur, ut ſi ad diem pretium ſolutum non fuerit, res ſit inempta, *l. 2. & paſſ. de leg. comm.* Utroque iſto modo pure contrahitur emptio, & reſolvitur ſub conditione, niſi aliud diſerte placuerit, veluti, ſi in addictione id factum eſt, ut perficeretur emptio, niſi melior conditio offeratur, tunc enim emptio conditionalis eſt. *l. 2. de in diem add. l. 1. & l. 2. de leg. comm.* Sed de his opulentius favente Numine, tractatu proprio. 3

TEXTUS.

De emptione rei, quæ non eſt in commercio.

5. *Loca ſacra, vel religioſa, item publica, (veluti forum, baſilicam) fruſtra quis ſciens emit: quæ tamen ſi pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut conſequatur, quod ſua intereſt eum deceptum non eſſe. Idem juris eſt, ſi hominem liberum pro ſervo emerit.*

COMMENTARIUS.

1. Quarum rerum venditio recte fiat, aut ſecus.

2. Quid

2. *Quid juris, ſi uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit,*

SIne re, quæ veneat, emptio intelligi non poteſt, *l. 8. h. t.* Res hæc ut plurimum certa eſt; nonnunquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur; *d. l. 8. l. fiſtulas 78. §. ult. eod.* cui non abſimilis eſt quaſi aleæ emptio, veluti cum captus piſcium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum eſt, etiamſi decuplo pluris ſit, quam pretium conſtitutum: ſi nihil inciderit, emptor conſtitutum nihilominus præſtare cogitur, quia ſpei emptio eſt, *d. l. 8. §. 1. hoc tit. l. ſi jactum 12. de act. empt.* Omnium autem rerum, quas quis

1 habere, vel poſſidere, vel perſequi poteſt, venditio recte fit: quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio eſt, *l. ſi in emptione 34. §. 1. hoc tit.* Ratio perſpicua eſt, quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *l. cum manu 80. §. ult. eod.* & utique ſaltem ad hoc obligatur venditor, ut præſtet, rem habere licere, atque ut uſucapiendi conditionem in emptorem transferat; quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Eſt autem hic quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta ſunt, in obligationem non magis recte deducuntur, quam quæ non ſunt in rerum natura, nec eſſe poſſunt, *§. 2. ſup. de inut. ſtip.*

2 *Fruſtra quis ſciens emit*] Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut ſi ſolus emptor ſciat rem, quæ venit, non eſſe in commercio, emptio plane nulla eſt, *l. 6. l. ſi in emptione 14. §. 2. l. liberi 70. hoc tit.* Sed & talis emptio liberi hominis improbata eſt, *cum ſervus erit*: quamvis enim res futuræ emi poſſunt; tamen fas non eſt hujusmodi caſus expectati, *d. l. 34. §. 2. vid. ſup. d. § 2. de inut. ſtip.* Illud quæritur, an ſi emptor ſciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium ſolutum condici poſſit? Bartolus in *l. cum lex 46. de fidejuſſ.* putat, condici poſſe, *arg. l. 11. §. ult. de act. empt.* quod etiam placet *Gomez. 2. reſol. 2. num. 30.* contra *Angel. & Fabian. de monte.* Quid juris ſit, ſi res vendita aut pars ejus ſit conſumpta, puta domus vel tota ex parte combuſta, docet, J. C. in *l. domum 57. per tot. h. t.*

Deceptus à venditore, &c.] Si locus ſacer, religioſus, publicus, aliave res, cujus commercium non eſt, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet emptionem contrahi, *l. 4. eod.* ſive venditor quoque conditionem rei ignoret, ſive ille ſciat, emptor ignoret ſolus, *l. liberi 70. eod.* Cæterum explicandum hoc eſt ex Modeſtino in *l. qui officii 62. §. 1. eod. & hoc text.* nimirum in propoſito non ita teneri emptionem, ut res ipſa debeatur, aut emptor poſſit agere ex empto, ut eam habere, tenere liceat, cum res, quæ extra commercium eſt, haberi, poſſideri nequeat: ſed hactenus tantum, ut ſi venditor ſciverit qualitatem rei, emptor ignorans poſſit adverſus venditorem ex empto experiri, ut conſequatur quod ſua intereſt, deceptum non eſſe: ut perinde hic ex dolo ſuo venditor obligetur, ac ſi rem, quæ in commercio ſit, vendidiſſet, doloque feciſſet, quominus eam tradere poſſit: neque enim actio de dolo hic deſideratur, cum ſufficiat ex empto; quippe qua cum res ipſa præſtari nequit, emptor in id, quod ſua intereſt, experiri poteſt, *l. 1. l. 11. §. idem ait 9. de act. empt.* Quod ſi nec venditor qualitatem rei ſciverit, æquum eſt, hactenus ſaltem eum teneri, ut pretium, quod accepit, reſtituat, *arg. d. l. 11. §. ult. de act. empt. l. ſi fundus 35. locat.*

TITULUS XXV.

D. lib. 19. t. 2. C. lib. 4. t. 65. & lib. 11. t. 71.

De locatione & conductione.

Continuatio. Quid ſit locatio, & in quibus differat ab emptione. Quotuplex ſit, tum quæ res aut facta locationem recipiant.

SECUNDA ſpecies contractuum, qui ſolo conſenſu perficiuntur, eſt locatio-conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione; ac pene totus hic titulus conſumitur in explicandis utriusque contractus ſimilitudinibus & differentiis. Locatio conductio eſt contractus, quo id agitur, ut pro uſu alicujus rei aut opera perſonæ certa merces præſtetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia eſt, & quidem principalis, quod in emptione id agitur, ut dominium transferatur, id eſt, ut res tota cum omni jure ad emptorem tranſeat; in locatione, ut duntaxat uſus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera naſcitur, quod emptio titulus perpetuus eſſe ſolet, locatio temporalis. Quinimo non dominium modo apud locatorem remanet, *l. non ſolet 39. h. t.* verum etiam poſſeſſio; & conductor tantum in poſſeſſione eſſe & rem detinere dicitur, *§ 5. inf. de incert. l. 9. de rei vind. l. 3 §. cæterum 12. l. 9 de acq. poſſ.* & paſſim alibi. Unde conſtit, eſt, ut ſi conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuſet rem conductam reſtituere, moras usque ad definitivam ſententiam nectens, tanquam invaſor rei alienæ, condemnetur & ad rem ipſam reſtituendam, & inſuper ad præſtandam rei æſtimationem,

nem, *l. pen. C hoc tit.* quod an praxis horum temporum obſervet, poſtea videbimus. Oſtendit definitio, duo eſſe genera locationis, rerum unam, alteram operarum ſeu factorum. Locari poſſunt res omnes, quæ in commercio ſunt, tam mobiles, quam ſoli, etiam incorporales, ut uſusfructus & habitatio, §. *1. & pen. ſup. de uſu & habit.* ſervitutis tamen prædii nulla locatio eſt, *l. locare 44. hoc tit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, ſed hactenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id, quod intereſt, ſi dominus conductorem frui non patiatur, *l. 7. l. ex conducto 15. §. pen. eod.* Facta non omnia locationem recipiunt, ſed ea ſolum, quæ mercede æſtimare poſſunt & ſolent: qualia ſunt, exempli cauſa, tabulam pingere, inſulam ædificare, aliquem aliquo vehere, *l. 5. §. 2. de præſcr. verb.* At verbi cauſa ſervum manumittere, tale factum non eſt, quod mercede æſtimetur; & ideo ſi tibi decem dem, ut ſervum manumittas, non eſt locatio, *d. l. 5. §. 2.* cui accidit, quod contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud eſt, ſi rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promiſſa, *l. rogaſti 19. §. 1. de præſcr. verb.* Opera agrimenſoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, ſed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali perſona locationem & conductionem non eſſe, *l. 1. ſi menſ. falſ. mod. dix.* De opera advocati, medici, cæteriſque, qui ingenio eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem ſtatuendum.

TEXTUS.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventione.

Locatio & conductio proxima eſt emptioni & venditioni, iiſdemque juris regulis conſiſtit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, ſi de pretio convenerit: ſic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, ſi merces conſtituta ſit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

COMMENTARIUS.

1. *Communia emptionis & locationis.*
2. *In locatione operarum diverſo reſpectu eundem & locatorem dici & conductorem.*
3. *Circa locationem agrorum quædam ſingularia apud Hollandos conſtituta: & an diſpoſitio l. pen. C. hoc tit. in praxi hodierna ſervetur.*

Locatio & conductio finitima eſt emptioni & venditioni, iiſdemque fere juris regulis continetur, *l. 2. hoc tit.* Nam ut ſine re quæ veneat, nulla eſt emptio, ita ſine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio ſolo communi conſenſu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, ſi de uſu rei & mercede convenerit. Merces reſpondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum eſſe debet, ſaltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata conſiſtit, ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio eſt, quæ donationis cauſa fit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio eſt, quæ donationis inſtar inducit, *l. ſi quis 46. hoc tit.* Ut illic, ita etiam hic ex bona fide omnia exquiruntur, nec dubitandum eſt, quin beneficio *l. 2. C. de reſc. vend.* etiam locus ſit in locatione & conductione *DD. comm. in d. l. 2.* Denique interdum propter ſimilitudinem vix emptio & locatio internoſci poſſunt. Quæ omnia certius poſtea intelligentur. 1

Si merces conſtituta ſit] Duplex hic indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima eſt, quod conveniunt cauſa efficiente, id eſt, quod nuda conſentientium voluntate contrahuntur, nec aut literæ, aut rei alicujus præſtatio ad conſtituendam obligationem deſideratur, *l. 1. hoc tit.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium conſtitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia eſt, quam quod æſtimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur; æſtimatio uſus rei, quæ in locatione fit, merces: quæ tamen quoniam nihil aliud eſt, quam pretium uſus, & ipſa ſæpe pretium appellatur, *l. quod ſi 28. §. 2. l. ea lege 51. § 1. l. inſulam 58. pr. hoc tit. l. ult. de leg. Rhod. l. 10. in fin. de acq. poſſ.* In locatione rerum immobilium etiam ſpeciale nomen habet & penſio dicitur, *l. ex conducto 15. §. 4. l. ſed addes 19. §. 1. §. ſi quis 6. l. quæro 54. hoc tit.* Utrum autem ut pretium rei venditæ, ita merces locationis in pecunia numerata, conſiſtere debeat, an in aliis quoque rebus conſiſtere poſſit, dicam inferius ſub §. 2. hoc tit.

Locatori locati actio, conductori conducti] Uti in emptione ſimul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque, ita in locatione ſimul atque de mercede pro uſu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti, ambæ directæ. In contractu emptionis facile diſcerni poteſt, uter emptor,

uter venditor ſit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa eſt: nam is ſemper hic locator eſt, & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem
2 præſtat. At in locatione operarum non tam facile id dignoſci poteſt. Interdum enim qui operas præſtat & mercedem accipit, locator dicitur; is cui præſtantur operæ, & qui mercedem dat, conductor, *l. ſed addes 19. §. pen. l. item ſi 22. §. 2. l. qui operas 38. hoc tit. l. 1. de æſtim. act.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præſtantur; conductor, qui accepta mercede operam præſtat, *l. 11. §. pen. l. 13. §. 1. 2. & 3. d. l. ſed addes 19. §. ſi quis 7. d. l. item ſi 22. §. 2. l. ſi merces 25. §. pen. & paſſ. hoc tit.* Sed dicendum eſt, in hac ſpecie locationis diverſo reſpectu eundem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis, idem ſit operæ locator; & locator operis, idem operæ conductor: quam diſtinctionem ſubminiſtrat, *d. l. item ſi 22. §. 2. hoc tit. & d. l. 1. de æſtim. act.* per opus autem intelligo quemvis fructum operæ v. c. ſi quis ſe erudiendum locet magiſtro aut artifici, vel vehendum
3 aurigæ. Ædium conductor ſpecialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publicanus vel manceps veteribus dicitur. Apud nos locatio agrorum non procedit ſine interventu inſtrumenti aut publici aut privati, nec abſque inſtrumento locationis ulli colono jus eſt agro conducto frui. Extat de ea re conſtitutio Caroli Principis edita An. 1515. confirmata *artic. 30. ordin. polit.* Præterea ſcribit D. Grotius lib. 2. manuduct. ad Juriſp. Batt. c. 19. inſtrumento ſuper locatione fundi non confecto, locationem non tantum nullius eſſe momenti, verum etiam colonum, hæredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos, & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei, usque dum lis conteſtetur, præterquam quod rem ipſam domino reſtituere, impenſas refundere, damnum omne ſarcire compelluntur, etiam multari in dimidiam partem pretii rei conductæ quamvis poſtea parati ſint dominum admittere. Quod ſi in detentione pertinaciter perſeverent, usque ad ſententiam definitivam, tunc ſuæ quaſi invaſionis hanc pœnam pati, ut poſt reſtitutionem rei, damnique omnis & impenſarum refuſio-
4 nem, in totius inſuper rei æſtimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam *art. 33. de ord. polit.* continentur. Sed in deſuetudinem jam dudum abiiſſe, aſſerit *Grœnevv. de ll. abrog. ad l. pen. Cod. de locat.* Conſtitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, ſed jubet in caſu propoſito conductores ſeveriter arbitrio judicis puniri aut multari, habita ratione qualitatis perſonæ & facti. A Zenone ſane in genere conſtitutum eſt, ut conductores, qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem uſum rei conductæ retinent, atque in jus vocati rem domino petenti ante ſententiam definitivam non reſtituunt, cogantur præter rem ipſam etiam æſtimationem rei victori domino tanquam invaſores præſtare. Cæterum in praxi Galliæ, & ſupremæ Curiæ Mechliniensis hoc non obſervari, conductoremque hoc caſu teneri duntaxat ad damna & intereſſe, notat *Chriſtin. vol. 3. deciſ. 109. n. 2. & deciſ. 118. n. 5. & ſeqq. & Autumn. ad d. l. pen. C. de locat.* quamvis inſuper etiam judicis arbitrio multari poſſit.

TEXTUS.

De mercede collato in arbitrium alienum.

1. Et quæ ſupra diximus, ſi alieno arbitrio pretium permiſſum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta eſſe intelligimus, ſi alieno arbitrio merces permiſſa fuerit. Qua de cauſa ſi fulloni polienda curandave, aut ſarcinatori ſarcienda veſtimenta quis dederit, nulla ſtatim mercede conſtituta, ſed poſtea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur; ſed eo nomine actio præſcriptis verbis datur.

NOTÆ.

FULLONI POLIENDA] Gloſſ. vert. *λελυμβάα, κνα-πτέαν.* Officium fullonis eſt polire, curare, lavare, *l. 31. h. t. l. 48. §. 4. l. 82. de furt. l. 2. de cond. ſin. ca.* Plin. *25. c. 17.*

NON PROPRIE LOCATIO] Sed novum negotium à locatione ſeparatum, proprium nomen non habens: & ideo hic recurrendum ad actionem præſcriptis verbis, *l. 1. l. 2. & 3.* junct. *l. 22. de praſcr. verb.*

COMMENTARIUS.

1. Actio præſcriptis verbis unde dicta.

SI alieno arbitrio pretium] Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita

ita in hac merces in arbitrium certæ perſonæ, puta L. Titii, conferri poteſt: hoc ſcilicet effectu, ut ſiquidem Titius mercedem definiverit, contractus ratus habeatur; ſin minus, nullius momenti ſit, *l. ſi merces 25. pr. h. t. l. ult. C. de contr. empt.* Huc accommodanda ſunt, quæ notamus ſub *§. 1. prac. tit.*

Nulla ſtatim mercede conſtituta] Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus eſt, ut pretium ſtatim ſeu initio contractus conſtituatur, & quidem certum ſaltem per relationem; ita quoque ad contrahendam locationem neceſſe eſt, ut protinus conſtituatur certa merces: mercede initio conſtituta, quaſi deficiente parte hujus contractus eſſentiali, in aliud negotium res incidit. Et ſiquidem gratis uſus rei concedatur, commodatum eſt: ſi gratis ſuſcipiatur opera, mandati obligatio: ſi neutrum gratis fiat, ſed ea mercede, quæ poſtea conſtituetur, contractus innominatus, *Facio, ut des.* Et ideo præſcriptis verbis agendum, *l. ſi tibi 22. de praſcr. verb. §. 2. in fin. ſup. quib. mod. re contr. obl. §. ult. inf. de Mandat.*

Actio praſcriptis verbis] Ad quam confugere neceſſe eſt, quoties deficiunt vulgaria atque uſitata actionum nomina, aut contractus exiſtunt. quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *l. 1. & 3. ſeqq. de praſc. verb.* Dicta eſt actio præſcriptis, ut multis doctis viris placere video, quod præſcriptis verbis rem geſtam demonſtret, & eadem demonſtratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & veriſſimum eſſe intelligi poteſt ex reſcripto Alexandri, quod eſt *in l. 6. C. de transact.* ubi Juriſconſultiſſimus Imperator hac ipſa circumlocutione actionem hanc deſcribit: *Aut enim*, inquit, *ſtipulatio conventioni ſubjecta eſt, & ex ſtipulatu actio competit: aut ſi omiſſa verborum obligatio eſt, utilis actio. qua praſcriptis verbis rem geſtam demonſtrat, danda eſt,* Ob eandem quoque cauſam hæc actio dicitur in factum, *l. 1. & paſſ. de praſc. verb.* Et interdum plena oratione actio præſcriptis verbis in factum, *l. Titius 24. d. tit.* Alia Franc. Hotomanni conjectura eſt.

TEXTUS.

In quibus rebus merces conſiſtat.

2. *Praeterea, ſicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri ſolebat de locatione & conductione, ſi forte rem aliquam utendam ſive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam ſive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit non eſſe locationem & conductionem, ſed proprium genus contractus. Veluti ſi cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit commodatum gratuitum, verum præſcriptis verbis agendum eſt.*

NOTÆ.

Placuerit inter eos] Et unus à ſua parte conventionem impleverit, id eſt, bovem ſuum per denos dies commodaverit: nam ſi conventio placiti tantum fine ſtetit, nudum pactum eſt, ex quo jure noſtro actio non datur, *l. 7. §. 2. & 4. de pact. l. 27. C. de locat. l. 3. C. de rer. perm.*

Præscriptis verbis agendum] *d. l. 17. §. 3. de praſcr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenſet Paul. *l. 5. d. t. Do, ut des; Do, ut facias; facio, ut des, facio, ut facias*, ad poſtremum videtur ſpecies propoſita pertinere.

Commentarius.

1. *Non magis pretium ſeu mercedem locationis, quam pretium emptionis, in alia re conſiſtere, quam in pecunia numerata.*
2. *Ad l. ſi olei 21. C. hoc tit.*

Etiam hic locus pertinet ad oſtendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit.

Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de cauſa an mutuo rerum uſu ad tempus conceſſo contraheretur locatio & conductio. Placuit autem, nec illic emptionem eſſe; quia pretium non intervenit: nec hic eſſe conductionem; quia non intercedit merces, *l. ſi convenerit 23. comm. divid. l. ſi gratuitam 17. § 3. de praſcr. verb.* Atque omnimodo credibile eſt, ob eandem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hic intercedere mercedem; nimirum 1 quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re conſiſtere poteſt, quam in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis ſimilitudo atque eadem plane utriusque ratio. U-

trumque enim æſtimatio eſt, alterum rei totius, alterum temporanei uſus: quæ tamen æſtimatio & ipſa revera nihil aliud eſt, quam pretium, eoque nomine etiam frequenter à noſtris appellatur, ut ſuperius demonſtravimus. Jam vero conſtat, res omnes æſtimari pecunia; extra pecuniam rem unam æſtimationem aut pretium alterius non eſſe, ac ne fungibilem quidem: ac proinde cum in utroque contractu aliquid æſtimandum veniat, in emptione res ipſa, in locatione uſus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quam in illa, pretium nummarium intervenire oporteat: quod etiam multis auctoritatibus confirmari poteſt. Ulpianus in *l. ſi convenerit 23. com. div.* ſcribit, ſi inter ſocios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent, locationem non eſſe, propterea quod nulla merces interceſſerit. Idem in *l. 1. §. ſi quis 9. depoſ.* negat, locationem eſſe, ubi pecunia non datur. In *l. 5. §. 2. de præſcript. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit huc *l. ſi merces 25. §. vis major. 6. hoc tit. junct. l. ſi apes 26. §. 1. de furt.* Quibus locis colonus partiarius opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Poſtremo huc faciunt loci, in quibus ſimpliciter pecuniæ, nummorum, pretii mentio fit. Ut in *l. quod ſi 28. §. 2. l. ſi quis 46. l. ſi decem 52. l. inſulam 58. & paſſ. hoc tit. l. 1. in fin. mand.* Neque hic excipere quis poteſt omnibus iſtis locis appellatione pecuniæ res quasvis, aut certe fungibiles etiam ſignificari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & ſignatam pecuniam deſignat, *l. 7. §. 3. de ſenat. Maced.* Et cum rebus aliis opponitur, ſemper pro nummis accipitur: apparetque ex univerſa diſputatione Juriſconſultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & diſtinctam à contractibus innominatis naturam.

2 Unus maxime locus eſt, qui Coraſium *libr. 2. miſc. 11. Pinell. ad l. 2. C. de reſc. vend. part. 2 rubr. cap. 3. num. 29.* aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re conſumptibili conſiſtere poſſe, videlicet *l. ſi olei 21. C. hoc tit.* Sed dupliciter reſponderi poteſt: primum, cum Saliceto proponi in *d. l. 21.* caſum, quo fundus locatus eſt, certa quantitate fructuum in eo fundo naſcentium, olivetum ſcilicet certa ponderatione olei. Etſi autem tale negotium à natura locationis, quæ pecuniam numeratam deſiderat, nonnihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium uſu receptum videri, ut ſi res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tanquam mercede, utenda data ſit, hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & ſunt hoc genus coloni non abſimiles colonis partiariis, excepto eo quod coloni partiarii incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum ſolvunt, & quaſi ſocietatis jus cum domino fundi habent, *l. ſi merces 25 §. vis major hoc tit.* Deinde reſponderi poteſt, vice pecuniæ ſeu mercedis aut pretii in pecunia conſtituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præſtari poſſe ſalvo contractu, *l. 9. C. de reſc. vend. l. ſed addes 19. §. 3 l. & hæc 35. in fin. hoc tit.* Atque ad ejusmodi caſum *d. l. ſi olei,* pertinere. Etſi enim fundus ibi proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, neceſſario mercedem ratio non fuiſſe conſtitutam in pecunia numerata. Quippe non eſt novum, ut, quod poſtremum placuit, ſolum exprimatur, quaſi quod maxime ſpectatum fuit. Idem reſponſum eſto, *ad l. 8. & ad l. excepto 18. C. eod.* Ita ſentiunt *Gloſſa, Bart. & comm. DD. in d l. 5. §. 2. de præſcr. verb. & d. l. ſi olei, C. hoc tit. Gomez 2, reſol. 3. n. 3. Fachin. 1. controv. 82. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 109. n. 12,* ubi etiam arreſto ſupremæ Curiæ Mechlin hanc ſententiam confirmatam refert D. Tuldenus *comm. hic c. 4.* cum D. Buſio *ad l. 2. hoc tit.* diſtinguunt inter locationem operarum & rerum, quaſi illic merces in pecunia tantum, hic etiam in alia re conſtitui poſſit; quod etiam ante eos tentavit *Greg. Lopez. 1. animadverſ. 15,* diſtinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc diſtinctio duplici vitio laborat. 1. quod juxta eam etiam pro mercede domus locatæ res fungibilis ſolvi poſſit. 2. quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud, quam pecunia?

Sed proprium genus contractus] Si convenerit tantum, ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum eſt, ſimile placito permutationis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi cauſa ſubeſſe cœpit, id eſt, ubi unus à ſua parte conventionem implevit, συνάλλαγμα eſſe incipit ſeu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium 7. §. 2. & §. 4. de pact. l. 3. C. de rer. permut.* quemadmodum in propoſito ſi unus bovem ſuum per denos dies ſecundum conventionem ad opus faciendum conceſſerit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter uſum rei, qui in his omnibus conceditur: ſed tamen neque locatio eſt, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit, mutuum uſum præſtari: commodatum autem debet eſſe gratuitum, *§. 2. in fin. ſup. quib. mod. re contr. obl.* verum eſt ſpecies contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id eſt, præſcriptis verbis competit, *l. ſi gratuitam 17. §. 3. de præſcr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenſet Paulus *l. 5. d. tit. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias,* ad poſtremum videtur ſpecies propoſita pertinere.

TEXTUS.

De Emphyteuſi.

3. *Adeo autem aliquam familiaritatem inter ſe videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam cauſis quæri ſoleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id eſt, ut quamdiu penſio ſive reditus pro his domino præſtetur, neque ipſi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio exiſtimabitur, ex Zenoniana lata eſt, quæ emphyteuſeos contractus propriam ſtatuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, ſed ſuis pactionibus fulciendam: & ſi quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac ſi naturalis eſſet contractus: ſin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc ſiquidem totius rei interitus acceſſerit, ad dominum ſuper hoc redundare periculum: ſin autem particularis ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.*

NOTÆ.

Perpetuo fruenda] Jus emphyteuticum natura ſua perpetuarium eſt, *l. 1. C. de off. com. ſac. pal. l. 2. & 3. C. de loc. præd. civ. lib. 11.* ex conventione tamen temporarium eſſe poteſt, *l. ult. ſi ag. vect.* modo ne ad modicum tempus conſtituatur, arg. *l. 1. §. de ſuperfic.*

Id prædium vendiderit] Cæterum cum vendere cupit, domino prius offerre debet emendi prærogativam juxta diſpoſitionem *l. 3. Cod. de jur. emphyt.* alioqui jure ſuo cadit. In donatione autem idem poſtulari non niſi inique poteſt. Plane inductio & honorarium (quod barbare laudemium) in omni alienatione neceſſaria, *d. l. 3. circa fin.*

Lex Zenoniana] Originem autem à Zenone non trahit. vid. Hotom.

Siquidem aliquid pactum] Pactiones in emphyteuſi ſervandæ tam quæ fiunt circa ipſam emphyteuſim, quam quæ circa perſonam emphyteutæ, ejusque rejectionem, *l. 2. C. eod.* Si nihil aliud nominatim cautum, tum ſi emphyteuta triennium integrum penſionem ſolvere ceſſarit, jus ſuum ei adimi poteſt, *d. l. 2.* In Emphyteuſi Eccleſiaſtica ceſſatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem C. de SS. Eccleſ.*

COMMENTARIUS.

1. *Contractus emphyteuticus quid, & cur dubitatum olim, pro emptione venditione, an pro locatione conductione habendus eſſet.*
2. *Origo hujus contractus & progreſſus, unde nomen emphyteuſios, & utrum etiam in ædibus conſiſtat.*
3. *Ius emphyteuticum ex tempore æſtimari, ſed ex eo quod actum eſt.*
4. *Falli, qui in contractu emphyteutico ſolo conſenſu jus prædii transferri putant.*
5. *Præſtationem canonis partem eſſe hujus contractus eſſentialem: & quando tempore emphyteuta, non ſoluto canone, jure ſuo cadat: aliaque in foro agitata.*
6. *Qua conditione emphyteuta jus ſuum vendere, aut aliter alienare poſſit. Et quid hic juris apud Batavos.*
7. *Contractum emphyteuticum eſſe vetuſtiſſimum, & quid à Zenone acceperit.*
8. *An ad ſubſtantiam hujus contractus ſcriptura neceſſaria.*
9. *Contractus cenſualis & emphyteuticus quomodo differant.*
10. *An emphyteuta ſimiliter remiſſio canonis, ut conductori mercedis in caſu inſolitæ ſterilitatis præſtanda.*

Sunt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda ſint. Cujus generis duo Juſtinianus profert. Unum hoc §. alterum §. ſeq. Quod 1
hoc §. proponitur, eſt contractus emphyteuticus, & tale: Dominus prædium ſuum alicui habendum & fruendũ in perpetuum tradidit, certa penſione in ſingulos annos conſtituta, ea lege, ut quãdiu penſio domino ſolvetur, tamdiu neq; ipſi colono, neq; iis, qui in

 locum

locum ejus ſucceſſerunt, prædium auferri poſſit. Dixeris, hic eſſe venditionem, ſi ſpectes id quod agitur de re transferenda: hoc enim agitur, ut pleniſſimum jus utendi, & veluti dominium quoddam, in perpetuum transeat, quod & in hæredem, & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei cui hoc jus conſtitutum eſt, utilis in rem actio contra quemcunque poſſeſſorem competit, *l. 1. §. 1. ſi ag. vect.* Rurſum dixeris, eſſe locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item ſi ſpectes penſionem annuam: talis enim conſtituitur pro uſu rei in locatione, cum in venditione unum pretium ſtatuatur ſemel ſolvendum. Sed Zeno hanc diſputationem ſuſtulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam eſſe ſpeciem contractus ab emptione & locatione diſtinctam.

2 *De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda*] Contractus emphyteuticus originem traxiſſe videtur ab incultis & ſterilibus agris, qui quod colonum non reperirent, propter ſumptus, quos in illorum cultura atque inſitione, ſeu, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri neceſſe erat, in perpetuum, aut certe ad longiſſimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & consererentur, idque modica penſione, quæ veri domini memoriam conſervaret: quanquam poſtea etiam agri cultiſſimi & fertiliſſimi eadem conditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati ſunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atq; uno nomine emphyteuſis, à verbo Græco ἐμφυτεύω, quod Latinis eſt, *inſero, implanto.* Dicuntur & agri vectigales, à vectigali, id eſt, penſione ſeu canone, qui à poſſeſſoribus ſolvitur. Nam vectigal quemlibet reditum ſignificat. Cicero *in paradox. Ex tenui meo vectigali aliquid etiam redundat.* Cæterum uſu veterum fere ſoli agri publici iſta conditione locati vectigales appellantur, *l. 1 ſi ager. vectig.* Quæſitum eſt, an in ædibus quoque emphyteuſis conſiſtere poſſit. Nonnulli negant, quoniam lex inſitionis, quæ eſt de originaria eſſentia hujus contractus in ædibus locum non habet. Sed verius eſt, etiam in ædibus tale jus conſtitui poſſe, *auth. ſi quas ruinas, Cod. de SS. Eccleſ. l. 15. §. ſi de vectigalib. 26. de damn. infect.* Ait; *perpetuo fruenda.* Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *l. 1. C. de offic. com. ſac. palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, *l. 1. & 3. Cod. de locat. præd. civil lib. 11.* quanquam hoc jus etiam ad tempus conſtitui poteſt, dum ne id modicum ſit, 3 *l. ult. ſi ag. vect. l. 1. §. 3. de ſuperfic.* Cæterum ut emphyteuſis conſtituta cenſeatur, id non æſtimandum eſt ex tempore, ſed ex ipſa conventione, & ex eo, quod actum eſt *Weſemb. par. hic. num. 8. D. Bronch. 2. aſſert. 67.* Nam locatio quantivis temporis non eſt modus transferendi dominii, *l. non ſolet. 39. hoc tit. D. Ioan. à Sande lib. 3. tit. 6. defin. 10. circa fin.* Sane non eſt aſſentiendum Cujacio, qui putat locationes omnes, quæ luſtrum egrediuntur, conſtituere jus emphyteuticarium. Abſurdum enim eſt, ei, qui ad ſex ſeptem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti poſſidetis jus alienandi, ſervitutem imponendi, novum opus nuntiandi: quæ omnia emphyteutis conceſſa eſſe conſtat. Ait, *quæ traduntur.* Recte interpretes ſtatuunt, ante traditionem prædii jus reale ſeu utile dominium in emphyteutam non tranſire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, ſed in perſonam tantum. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis eſt, ut rem aliquam aut jus aliquod immediate noſtrum faciant, ſed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præſtandum obſtringant duntaxat, *l. 3. de obl. & act. junct. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* adeoque perſpicue falluntur, qui exiſtimant, peculiare eſſe in hoc contractu, ut ſolo conſenſu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum ſeparavit ab emptione & locatione, & per ſe firmum eſſe voluit; ſed non conſtituit, ut contra communem contractuum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem tranſiret.

Quamdiu penſio præſtetur] Præſtatio penſionis ſeu canonis pars eſt eſſentialis contractus emphyteutici, & argumentum reſervati dominii, *l. 1. tit.* in cujus rei fidem etiam ſolvitur. Quamdiu autem canon ſuo tempore ſolvitur, non licet domino expulſo emphyteuta agrum auferre. Quodſi emphyteuta per triennium canonem ſolvere ceſſaverit, tum is jure ſuo volente domino cadit, niſi quid ſecus privata pactio ſuadeat, *l. 2. Cod. de jur. emphyt.* In emphyteuſi Eccleſiaſtica ceſſatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem, Cod. de SS. Eccleſ.* Enimvero ſi dominus poſt ceſſationem tanti temporis canonem elapſum ſine proteſtatione receperit, renuntiaſſe caducitati videtur, per *l. pen. de leg. commiſſ. Guid. Pap. quæſt. 171. Clar. §. emphyteuſis, quæſt. 10. Anton. Fab. Cod. ſuo hoc tit. defin. 16. Perez. in Cod. hoc tit. in fin. D. Grot. 2. introduct. 40.* Quinetiam etſi cum proteſtatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapſum poſt tempus, quo res in commiſſum ceeidit, nihil tamen hoc dominum juvat. *Clar. d. quæſt. 10. Fachin. 1. contr. 99. Chriſtin. vol. 3. dec. 122. n. 9.* Sed & celeri ſatisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphyteuſi civili moram purgari poſſe, arg. *cap. ult. x. de locat.* cenſet idem *Clar. d. §.* eoque jure nos quoque uti ſcribit *Grot. d. loc.* & ita judicatum refert *Coren. obſ. 22.* quamvis communis ſententia ſit, emphyteutam privati moram purgare non poſſe. *Clar. d. loc. Sichard. ad l. 2. n. 20. C. hoc tit. Fachin. 1. contr. 98.* ſecundum quam judicatum refert

refert *Afflict. deciſ. 174. ad Chriſtin. vol. 1. deciſ. 157.* Quæritur autem, an dominus emphyteutam propter Canonem triennio non ſolutum propria auctoritate expellere poſſit. Quod omnino negandum eſt, per *l. non eſt ſingulis 176. de reg. jur. l. 7. C. unde vi. vid. Clar. d. §. q. 11. Sichard. d. loc. n. 16. Fachin. d. lib. 1. contr. 95.* loci, qui de expulſione loquuntur, intelligendi de expulſione legitima, quæ fit auctoritate judicis. *Grot. lib. 2. intr. c. 40. Coren. obſ. 5. Mornac. ad l. 2. C. de jur. emphyteut.*

6 *Vendiderit, aut donaverit*] Emphyteuta non ſolum poſſidendi & fruendi jus habet, ſed etiam alienandi poteſtatem, Et vendendi quidem etiam cui velit: cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alioqui jure ſuo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menſes à facta denuntiatione tantundem offerat, *l. 3. verſ. ſed ne hac, C. hoc tit. de jur. emphyt.* Donandi vero vel cum alio permutandi etiam domino irrequiſito. Utique tamen tenetur domino ſignificare, donare ſe aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam, accepto laudimio, quæ pars eſt quinquageſima pretii fundi, in poſſeſſionem admittat. Juxta *d. l. 3. in fin. & ibi Iaſ. col. 14. & ſeq. Sichard. n. 19. & ſeq.* Prolixius hæc executio *lib. 2. ſelect. quæſt. cap. 2.* Apud nos extra ſpecialem conventionem, aut contrariam conſuetudinem, paſſim uſu ſervatur, ut emphyteuta jus ſuum etiam vendere irrequiſito domino poſſit, *deciſ. Cur. Holland. 59.* ſed habet dominus jus προτιμήσεως ſeu retractus, eoque uti poteſt intra annum, ex quo ſcire cœperit, prædium eſſe alienatum, *Grot. 2. introduct. 40.* ubi etiam refert, quibusdam in locis obſervari, ut alienato jure aut per ſucceſſionem tranſeunte, canon pro eo tempore duplicatus vice laudimii ſolvatur.

Lex Zenoniana lata eſt] Zeno *l. 1. C. hoc tit.* conſtituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis titulis adjiceretur, ſed tertium hoc jus eſſet, ab utriusque memoratorum contractuum ſocietate ſeparatum; utque conceptionem ac definitionem haberet propriam, juſtusque eſſet ac validus contractus, ex quo in poſterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius ageretur. Unde interpretes noſtri inferunt contractum emphyteuticum eſſe creaturam Zenonis; ac proinde non juri gentium, ſed civili Romanorum attribuendum eſſe. Quod probare non poſſunt. Etenim non ordine temporum, ſed ratione hæc diſtingui oportet. Quicquid enim ejusmodi eſt, ut ab aliquo excogitatum & inſtitutum moveat omnium opinionem de ſe, quaſi ad uſum vitæ communis conducens, id juri gentium adſcribi debet, vid. *ſup. de jur. nat. gent.* ubi demonſtramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere ſunt etiam locationes perpetuæ, quippe quas non minus, quam temporales, omnes gentes ſibi communes fecerunt. Emphyteuſis vero nihil aliud eſt, quam in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio. Sed nec illud verum eſt, contractum emphyteuticum eſſe creaturam Zenonis, ac ne illud quidem omnino, à Romanis originem habere, Sibylla Cumana antiquior eſt, per ea, quæ legimus apud Moſen *Geneſ. 47. verſ. 24. & ſeqq. Ioſeph. 2. antiq. Iudaic. 4. Ariſtot. 2. Oeconom.* Zenonis autem lege nihil aliud effectum eſt, quam ut hic contractus, cum antea dubitaretur, emptionine an locationi aggregandus eſſet, ſeparatam ab utraque illa conventione haberet naturam: Itaque non novum contractus ſpeciem Zeno fecit; ſed eam, quæ ſub emptione & locatione continebatur, quaſi grana ex ſpicis excutiens, detexit, ut diſputat *Coraſ. 1. miſc. 21. num. 4.*

Plane, ſi vera eſt communis DD. opinio, ex lege Zenonis ad conſtitutionem & ſubſtantiam contractus 8
emphyteutici neceſſariam eſſe ſcripturam, (quæ opinio probari videtur verbis legis *ſcriptura interveniente*) juri civili hic contractus adſcribi poteſt; non utique mero, ſed mixto, *arg. l. 6. de juſtit. & jur.* Sed multi tamen cenſent cum Gloſſ. non prohiberi fieri ſine ſcriptis, licet dicatur fieri in ſcriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo ſcripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod ſine ea nolit contractum ſubſiſtere: ſed quia ad probationem rei geſtæ in hoc contractu neceſſaria eſt; cujus alioqui fides decurſu temporis, ad quod extenditur, vacillare poteſt, mortuis iis, qui teſtes adfuerant, *Connan. 7. comm. 12. Perez. C. hoc tit. n. 2.* Addunt alii, perpetuum non eſſe, quod duo ablativi abſolute poſiti conditionem contineant, ſeu, ut vulgo loquuntur, cauſam importent finalem, *§. 1. ſup. de teſtam. mil. l. 24. eod.* Denique eſſe hunc contractum bonæ fidei, ad cujusmodi contractuum ſubſtantiam ſcripturam deſiderari non ſit credibile. Sed & uſus communem opinionem reprobat, teſtibus *Bart. & Angel. in d. l. 1. hoc. tit. Pariſ. lib. 3. conſ. 177. num. 16. & ſeqq. Socin. conſ. 169. num. 12. Roland. à Val. cauſ. 87. num. 1.* & nominatim de moribus noſtris teſtatur *Grot. 2. introduct. 40.* Clarus tamen *d. §. emphyteuſis, quæſt. 4.* negat, conſuetudinem iſtam eſſe generalem, ac proinde melius ac tutius fore, ut in praxi adhæreamus opinioni communi; utique iis in locis, ubi contrarium conſuetudine receptum non eſt: quod & ſupremam Curiam Mechlinienſem aliquando cenſuiſſe refert. *D. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 119. n. 5.*

Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem.] Horum verborum non hic ſenſus eſt, poſt conſtitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habe-

habere cœpiſſe: ſed cœpiſſe eſſe ſpecialem contractum, peculiarem & diſtinctam habentem naturam ab emptione & locatione, cum quibus antea confuſus erat: atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluiſſe credendum eſt, quod efficere non potuit, ne ſcilicet contractus hic ſimilitudinem quandam cum illis duobus retineret, & hactenus ad utrumque inclinaret. Simillimus, ut obiter hoc dicam, contractui emphyteutico eſt contractus cenſualis. Sed hoc intereſt, quod etiam verum & directum dominium in cenſuatium transfertur, cum illud in conſtitutione emphyteuſios apud conſtituentem maneat. Itaque cenſum ſolvimus non ut emphyteutæ, in recognitionem dominii de re aliena, ſed de re noſtra: & ideo qui cenſum recipit, jus caducitatis ob ceſſationem non habet. *Io. Fab. ad hunc §. circa fin. Jaſ. in l. 1. C. de jur. emph. n. 39. D. præſ. in loc. ab emphyteuſi ad cenſ. Clar. §. emphyteuſis, q. 1. n. 1. Grot 2. introduct. 46. Baro comm. hic part. alt.*

Ac ſi naturalis eſſet contractus] Id eſt, haud ſecus ac quilibet alius contractus propriam ac diſtinctam naturam habens: ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt: *l. 23. de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus ſuis pactionibus fulciri poteſt, ut hic loquitur Juſtinianus; non tantum circa præſtationem periculi; ſed etiam circa durationem & caducitatem, id eſt, intra quod tempus emphyteuta canonem non ſolvens jus ſuum amittere debeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* Cujacius, Fertetus & Hotom. legunt, *ac ſi natura talis eſſet contractus*: quomodo & Theophilum legiſſe ex paraphraſi apparet: & recte ſane, τὰ γὰρ ἐν ἀρχῇ συμφωνηθέντα φύσιν δίδωσι τοῖς συναλλάγμασι. *Theod. Hermop. in l. 23. de reg. jur.*

Si quidem totius rei interitus] Niſi quid aliud nominatim cautum ſit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis vero rei ad emphyteutam, qui hoc caſu nihilominus integram penſionem præſtare tenetur, *l. 1. C. eod.* Quapropter nec ob ſterilitatem remiſſionem penſionis petere poterit. Neque eſt contrarium, quod eo caſu in locatione penſio remittenda, *l. ex conducto. 15. §. 2. & ſeq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum, qui ex fundo percipi ſolent, conſtituitur: in emphyteuſi autem canon non pro fructibus, ſed in recognitionem dominii præſtatur. Plane ſi etiam penſio emphyteutæ impoſita tanta ſit, ut proportione fructibus reſpondeat, puto, ei ſuccurrendum eſſe, & tam ob ſterilitatem penſionem remittendam, quam ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quaſi quædam potius locatio, juſta mercede facta ſit, quam initus contractus emphyteuticus. Nec movere nos debet, quod verba contractus non ſonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus ſequimur id, quod actum eſt: nec tam nomen conventionis inſpiciendum, quam natura & conditio negotii, quod geritur, *Clar §. emphyteuſis, q. 8. n. 7. & ſeq. Gail. 2. obſ. 23. Ant. Fab. C. ſuo de jur. emphyt. defin. 36. Diff. Fachin. 1. contr. 89. D. Tulden. in Cod. de jur. emphyt. n. 4.*

TEXTUS.

De forma alicui facienda ab artifice.

4. Item quæritur, ſi cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro ſuo certi ponderis certaque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Caſſius ait, materia quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod ſi ſuum aurum Titius dederit, mercede pro opera conſtituta, dubium non eſt, quin locatio & conductio ſit.

COMMENTARIUS.

1. Cur dubitatum in hypotheſi propoſita, utrum emptio contraheretur, an locatio.

2. Regula generalis, unde in hujuſmodi caſibus emptio & locatio dignoſcantur.

AFfert hic Juſtinianus aliud exemplum negotii, 1
quo dubitatum, emptio, venditio contraheretur, an locatio conductio: nimirum, ſi mihi cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi efficeret ex ſua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex ſuo auro. Dixeris enim, hic emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rurſus dixeris eſſe locationem propter operam artificis, quæ & ipſa æſtimatur: operæ autem emptio eſſe non poteſt. Qua ratione Caſſius non ſimplicem hunc contractum eſſe dicebat, ſed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & ſcilicet materiæ atque in hypotheſi propoſita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius viſum eſt, ſimplex hoc & unum negotium cenſeri, tantumque emptionem & venditionem eſſe, *l. 2. h. t.* Pla-

Placuit, tantum emptionem & venditionem] *d. l. 2.* Si cum aurifex jam haberet annulos ex ſuo auro factos, mihi cum eo conveniſſet, ut eos certo pretio mihi daret, nemo dubitaret, emptionem & venditionem tantum contrahi. Quid autem in propoſito refert, res jam facta ſit ab artifice, an adhuc facienda, cum utrobique in pretio conſtituendo non materiæ
2 ſolum, ſed etiam artificii ratio habeatur; Si vero in univerſum habendum eſt; Si quam rem nobis fieri velimus, veluti ſtatuam vel vas aliquod, aut annulos, veſtem, tegulas, &c. ut nihil aliud quam pecuniam demus emptionem eſſe, atque emptionem ſolum; quoniam nulla poteſt eſſe locatio, ubi corpus ipſum non datur ab eo, cui id fit: quemadmodum Sabinum reſpondiſſe Pomponius refert, *l. Sabinus 20. de controv. empt.* Cui ſententiæ convenit, quod Javolenus ſcribit, *l. ſi convenit 65. d. tit.* totiens emptionem contractam intelligi, quotiens materia, in qua aliquid fit, immutatur & alienatur. Id autem in caſu propoſito contingit auro. Non adverſatur huic ſententiæ Paulus in *l. item ſi 22. §. 1. hoc tit.* ubi ait; Cum inſulam ædificandam loco, in ſua impenſa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferri, & tamen locationem eſſe: locare enim artificem operam ſuam, id eſt, faciendi neceſſitatem: quoniam eum aream meam do, ut in ea inſula fiat, ſubſtantia & materia, in quam agit artifex, à me proficiſcitur; *d. l. Sabinus in fin.* neque materiam, tigna, cæmenta hic emo, ſed conduco operas artificis ad inſulæ conſtructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat.

Quod ſi ſuum aurum dederit] *d. l. 2. l. in navem 31. hoc tit.* facit *l. ſcribit 34. in pr. verſ. in aurifice. de aur. arg. mund. leg.* Nam totiens conductio alicujus rei intelligitur, quotiens materia, in qua aliquid præſtatur, in eodem ſtatu ejusdem manet, *d. l. ſi convenit, 65. de contr. empt.*

TEXTUS.

Quid præſtare debet conductor.

5. Conductor omnia ſecundum legem conductionis facere debet: & ſi quid in lege prætermiſſum fuerit: id ex bono & æquo præſtare. Qui pro uſu aut veſtimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promiſit, ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualem diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet; quam ſi præſtiterit, & aliquo caſu fortuito eam rem amiſerit, de reſtituenda ea non tenebitur.

NOTA.

Ex bono et æquo præstare] Eſt enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa; quæ nec dicta, nec cogitata forte ſunt, præſtari æquum eſt, *§. 36. inf. de act. & ſup. de obl. ex conſ.* add. *l. 25. §. 3. l. 24. pr. h. t. l. 2. l. 17. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ à conductore ex natura hujus contractus præſtanda.*
2. *Conductorem regulariter levem duntaxat culpam, non etiam leviſſimam præſtare.*
3. *Accurata ad ea, quæ in contrarium diſputantur, reſponſio.*
4. *Excluſione caſus fortuiti non protinus induci præſtationem culpæ leviſſimæ.*

Agitur hoc §. de præſtationibus, quæ conductori incumbunt, docetur que in hac re primum inſpici debere id, quod ut præſtaret conductor, nominatim convenit; veluti ſi convenerit, ut etiam ſi quid vi majore accidiſſet, præſtaretur: hic enim pacto ſtandum eſſe Julianus reſpondit, *l. 9. §. Julianus 2. hoc tit.* Similia exempla occurrunt in *l. 11. §. 1. & ult. eod.* eſtque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei, *l. 11. de act. empt. l. contractus 23. de reg. jur.* Quod ſi nihil convenit, tunc ea præſtanda eſſe, quæ naturaliter inſunt hujus judicii poteſtate, in quod, 1
cum ſit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præſtari oportet, etiamſi de eo nihil dictum, aut forte nihil cogitatum ſit, *l. ſi in lege 24. & l. ſeq. §. 3. hoc tit. §. in bonæ 30. inf. de act.* unde poſt moram etiam uſuræ tardius illatarum penſionum à conductore præſtandæ, *l. quæro 54. eod. l. præſes 17. C. eod.*

Secundum legem conductionis] Id eſt ſecundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, *l. 7. §. quin imo 5. de pact. d. l. 23. de reg. jur.* Nihil eſt apud juris auctores frequentius, quam ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione adjecta contractus accipit, ipſamve pactionem, *l. qui fundum 40. l. comprehenſum 60. l. ſi cum fundum 68. de contr. empt. l. ſi in lege 24. hoc tit. l. venditor 13. comm. præd. cum ſimilib.*

Ex bono & æquo præſtare] Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera ruſtica ſuo quæque tempore fiant, ne intempeſtiva cultura fundum faciat deteriorem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *d. l. 25. §. 3. h. t.* In-

Inquilinus, ut in domo locata recte verſetur, ex honeſta non faciat cauponam, *l. 3. C. eod.* Uterque, ut penſiones ſuo quasque tempore ſolvat, *d. l. quæro §. 1. h. t.* Ni ita ſe gerat conductor, & penſionem præſtet, impune expelli poteſt, *d. l. quæro §. 1. l. 3. C. eod.* Plures alias cauſas, ob quas conductorem expellere jus eſt, refert Chriſtin. *vol. 3. dec. 115.* quanquam non omnes hodie obtinent, ut idem ibidem annotat. Illud hic tenendum eſt, quibus caſibus conductorem expelli poſſe dicitur, non niſi ex auctoritate magiſtratus eum expelli debere. *Ant. Fab. C. ſuo h. t. defin. 11.*

Qualem diligentiſſimus paterfamilias] Simile eſt, quod traditur *in l. ſi merces 25. §. pen. hoc tit.* At enim locatio & conductio eſt contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus duntaxat & culpa præſtatur, juxta regulam traditam *in l. 5. §. 2. comm.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa præſtari dicitur, eo verbo in uſu juris non alia, quam levis culpa deſignatur, id eſt, ea, quæ mediæ diligentiæ opponitur. Quod multis auctoritatibus probavimus ſub *§. 2. ſup. quib. mod. re cont. obl.* & de hac tantum culpa dict. regulam intelligi debere ex eo patet, quod in contractibus, in quibus ſolius accipientis utilitas verſatur, quale plerumque eſt commodatum, Jurisconſultus d. loco ſcribit, plus ab accipiente exigi, quam cum utriusque commodum vertitur: nimirum in hujusmodi contractibus præter culpam præſtari & diligentiam; quò ſignificat, in eo contractus, qui utriusq; gratiâ fiunt, & commodatum diſcrepare; quod in illis duntaxat levis culpa præſtetur, in hoc etiam leviſſima, quam more veteribus uſitato contrariæ rei, præſtatione indicat, diligentiæ ſcilicet, intelligens eo verbo diligentiam ſpecialem ſeu exactiſſimam. Ipſa quoque ratio hoc ſuggerit, levius agendum eſſe cum eo, qui mercedem pro rei uſu præſtat, quam qui gratuitum ejus uſum habet. Quin ipſam etiam commodatarium placet culpam levem tantum præſtare, ſecundum ſuperiorem regulam, ſi quando commodantis quoque contemplatione res commodata ſit,
2 *l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Ex quibus perſpicue evincitur, conductorem regulariter leviſſimæ culpæ nomine non teneri; neque ab eo exigi, extra ſpecialem conventionem, ut *in l. qui mercedem 40. hoc tit.* ut in re conducta ſummam & exactiſſimam diligentiam præſtet, ſed ſecurum eum eſſe oportere, ſi adhibuerit mediam, id eſt, eam quam communiter frugi patresfam. ſuis rebus adhibere ſolent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod paſſim nihil amplius, quam culpam à conductore præſtari legimus, *l. 9. § 3. l. 11. §. 3. l. item quæritur 13. §. 1. l. in navem 31. in fin. hoc tit.* quo poſtremo loco Alfenus etiam pro ratione affert regulam probatam in contractibus, qui utriusque cauſa ineuntur: at culpæ nomine abſolute poſitio in uſu juris culpa levis perpetuo ſignificatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentiſſime hoc ipſum oſtendit *l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab.* quo loco Jurisconſultus conferens actiones locati & depoſiti cum honoraria, quæ ex edicto iſto competit, utilitatem ejus, quæ ex edicto eſt, hoc nomine maxime commendat: quod in locato conducto culpa, in depoſito dolus duntaxat præſtetur: edicto vero omnimodo, qui recipit, teneatur, etiamſi ſine culpa ejus res periit aut damnum datum eſt, ita tamen, ut nec ille præſtet caſus fortuitos, ſed quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex ſententia Jurisconſulti is, qui recepit, præſtat medium aliquid inter culpam & caſum fortuitum, quod non præſtat conductor: atqui hoc medium nihil aliud eſſe, fateri omnes debent, quam culpam leviſſimam. Quid ergo reſpondemus ad hunc textum? nimirum idem, quod interpretes vulgo, ſuperlativum hoc loco poſitum eſſe pro poſitivo, verbum *diligentiſſimus* pro *diligens*; ut hoc verbum ſecundum ſubjectam materiam & naturam contractus explicandum ſit, eoque hic ſignificari intelligatur, non ſumma illa & pene modum excedens, ſed media diligentia, quam communiter homines diligentes ſuis rebus adhibere conſueverunt. Sic ex contrario poſitivus pro ſuperlativo ponitur *in l. 5. §. cuſtodiam 5. comm. l. heredes 25. § non tantum 16. fam. erciſc. §. 2. ſup. quib. mod. re contr. obl. &c.* quod apparet ex collatione *l. in rebus 18. commod. l. 1. §. & ille 4. de obl. & act. §. 1. inf. de obl. quæ quaſi ex contr.* Idem reſponderi poteſt ad *l. ſi merces 25. §. pen. hoc tit. arg. d. l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab.* Nam quod alii reſpondent, caſus eſſe ſpeciales, qui hic & *in d. §. pen.* proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura ſua, quaſi damno maxime obnoxiæ, accuratiſſimam cuſtodiam deſiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quaſi ultro offerunt, & ideo quoque leviſſimam culpam præſtare tenentur, *arg. l. 1. §. ſæpe 35. depoſ.* admitti non poteſt. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, ſcrupuloſam præ cæteris rebus curam, aut curioſam cuſtodiam minime requirunt: nec quilibet qui quodammodo operam ſuam offerre videtur, ad majorem diligentiam, quam natura contractus deſiderat, obligatur, *d. l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab.* ſed locum non habet in artificibus, ſeu iis, qui alicujus rei peritiam profitentur; quorum idcirco imperitia culpæ levi annumeratur, cum in aliis ſit leviſſima, *l. 9. §. pen. l. item 13. §. ſi gemma 5. hoc tit. l. 12. de furt. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil.* niſi putamus, etiam eos qui columnas aut tigna deportanda conducere ſolent, eodem numero

mero

mero haberi, quaſi induſtriam certæ rei profiterentur, ut *D. Weſemb.*

Et aliquo caſu fortuito] *L. in judicio. 28. C. eod.* Neque hoc propium hujus judicii eſt, ſed commune omnium contractuum, *l. contractus 23. de reg. jur. l. 6. C. de pign. act.* Non obſtat, quod alibi dicitur, rem locatam eſſe periculo conductoris, *l. 13. §. 1. de lib. cauſ. l. 14. § qualis 10. de furt.* Nam illud intelligendum eſt de periculo & damno, cui culpa cauſam præbet: neque novum eſt, ut illæ etiam res periculo noſtro eſſe dicantur, in quibus culpam præſtamus; de quo uberius diſſerui ſub §. *3. tit. prac.* Quod autem hic excluditur caſus fortuitus, id non ſatis argumenti eſt, culpam leviſſimam à conductore præſtari: nihil enim frequentius eſt jure noſtro, quam ut poſita præſtatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur, removeatur caſus fortuitus; inſuper habito, utrum eo amplius etiam leviſſima culpa præſtetur, nec ne; utpote quæ raro præſtetur, & vix culpa ſit. Hinc jam judicari poteſt, an incendium & quando à conductore præſtandum ſit: in quo tamen mirifice variant & interpretes, & judicum ſententiæ: *vid. Gail. 2. obſ. 21. Menoch. de arbitr. jud. qu. 2. caſ. 390. Maſcard. lib. 2. de prob. in verb. incendium, Fachin. 1. cont. 87. Moller. 4. ſemeſtr. 31. D. Tulden. comm. in tit. de leg. Aquil. inf. c. 8. Chriſtin. vol 3. deciſ. 112. n. 5. ubi plures citat.* Aſſentior autem iis, qui ſtatuunt, inquilinum de incendio locatori teneri, niſi doceat de intelligentia ſua in muniendo & cuſtodiendo igne adhibita. *Fach. & Moller. de loc. p. l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de pec. & comm. rei vend.* de quo nos opulentius *lib. 1. ſel quæſt. cap. 33.*

TEXTUS.

De morte conductoris.

6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione ſuccedit.

NOTA.

6. MORTUO CONDUCTORE, &c. HÆRES EIUS] *l. 10. C. h. t.* ſicut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio *l. 18. §. eod.* Hæres enim univerſi juris & onerum defuncti ſucceſſor eſt, *l. 37. de acq. hær.* Emptor autem vel legatarius ſtare locationi non tenentur, *l. 25. §. 1. l. 32. h. t. l. 120. §. ult. de leg. 2. l. 9. C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. Emptor non tenetur ſtare locationi facta à venditore: & quid hodie.

MOrte conductoris conductionem non expirare, ſed hæredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris eſt, *l. 10. C. h. t.* & contra nec morte locatoris expirat: quippe hæres univerſi juris & onerum defuncti ſucceſſor eſt, *l. heres 37. de acq. hær.* Ait autem Juſtinianus, hæredem eodem jure in conductione ſuccedere: & Gordianus *in d. l. 10.* hæredi quoque onus contractus incumbere: quibus verbis non hoc ſignificant hæredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & ſuperſtitem ſtetit, actione locati aut conducti teneri: quanquam enim ita tenentur, *l. ſed addes 19. §. pen. h. t. l. cum conductorem 29. C. eod.* quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro ſocio, *l. inter cauſas 26. pr. mand. l. nemo 35 & l. ſeq. pro ſoc.* in hæredes tranſeunt: ſed hæredem ſuccedere in ipſum jus conductionis, quæ mortuo conductore aut locatore non finiatur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet; ſed ſecus eſt in iis negotiis, in quibus induſtria certæ perſonæ eligitur, ut in ſocietate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus tit. proxime ſeqq. particularis autem ſucceſſor, emptor aut legatarius non tenetur ſtare locationi factæ ab auctore ſuo, *l. ſi merces 25. §. 1. l. qui fundum 32. h. t. l. 9. C. eod. nihil 120. §. ult. de legat. 1.* Cæterum ab hoc jure moribus noſtris & pleræque Belgicæ receſſum eſt, juxta tritum illud, *huer gaet voor koop. Grot. 3 introd. 19. Neoſtad. dec. ſup. Cur. 30. Gudelin. 3. de jur. nov. 7. add. vaì, vaì, Grœnevv. de legib. abrog. ad l. 9. C. h. tit.* In hac urbe ſequuntur jus commune: *ſtatut. Leid. 74.*

TITULUS XXVI.

D. lib. 17. tit. 2. C. lib. 4. tit. 37.

De Societate.

Continuatio. Quid ſit ſocietas, & quarum rerum, quando & Quomodo contrahatur.

TErtia ſpecies contractuũ, qui ſola contrahentium voluntate obligationem inducunt, eſt ſocietas. Societas eſt contractus, quo inter aliquos res aut operæ communicantur, lucri in commune faciendi gratia. Primum ut ſit ſocietas, neceſſe eſt aliquid mutuo conferri & communicari: niſi quid utrinque in commune conferatur, ſocietas non intelligitur. Inde dictum, donationis cauſa ſocietatem non contrahi vel-

uti ſi alicui placuerit lucrum ex re ſua factum alteri commune eſſe, qui de ſuo nihil conferat, *l. 5 §. 2. h. t.* Enim vero quæ res invicem conferantur, corporales nc utrinq; an illinc res, hinc opera, an etiam opera utrinque, ad ſocietatem communicatione rerum contrahendam, nihil intereſt: nam & inter duos artifices ſocietas coiri poteſt, ut quod ex ſuo artificio quæſtus fecerint, inter eos commune ſit, *l. ſi non fuerint 29. l. duo 71. eod* Illud quoque nihil refert ad ſocietatem incundam, quantarum rerum ſocietas inſtituatur; nam & univerſorum bonorum ſocietas contrahi poteſt, & partis bonorum: poteſt & negotiationis alicujus, quæ multas res partesque contineat: poteſt denique & unius rei, veluti ſi prædium communi conſenſu conducatur, ut fructus inde quæſiti ſint communes, *pr. h. t. l. 5. l. verum 63. eod.* Porro quod ex definitione ſatis intelligitur, ſocietas eſt conſortium voluntarium, ut à Papiniano vocatur, *l. cum duobus 52. §. Idem Papinian. 8. eod.* niſi enim conſenſu & contractu de ea re habito communio ſuſcepta ſit, non eſt ſocietas: Itaque ſocii non ſunt, ſi qui aut caſu in communionem inciderint, puta ſi legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenerit, aut ſi res à duobus ſimul ſimpliciter empta ſit, *l. ut ſit. 31. cum 3. ll. ſeqq. eod.* Ex quibus locis cum Gloſſa & citatis *in add. ad Bart.* temperandum eſt, quod in *l 2 commod.* Juriſconſultus ait, rem, quæ à duobus pariter empta eſt, cum ſocietate communem eſſe; nempe ſi empta ſit cum affectione & animo ſocietatis: idemque præſupponendum in ſpecie *l. 2. C. h. tit.* quanquam Bartolus ad *dd. ll* quem ſequitur Salicet *in d. l. 2.* contrarium axioma propo nit, videlicet eo ipſo, quod res à duobus pariter emitur, ſocietatem contrahi. Denique quod poſtrema verba definitionis indicant, non eſt ſatis ad contrahendam ſocietatem, communionem conſenſu iniri inter aliquos, niſi in hunc finem communio inſtituatur, ut lucrum inde in commune gar. Quæ communio hunc finem non habet, ſocietas dici non poteſt, ut maxime voluntate ſuſcepta ſit. Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum confuſæ ſint: maſſa quidem hæc communis eſt, *§. ſi duorum 27. ſup. de rerum diviſ.* at non jure ſocietatis. Res eadem ſimul à duobus ſimpliciter empta eſt, ſit illa quidem amborum voluntate communis, ſed ut modo dixi, citra ſocietatem, *d. l. ut ſit 31. h. t.* Convenit inter aliquos, ut lucrum non ſit commune, ſed unius tantum ſocii: placet, ita ſocietatem contrahi non poſſe, quaſi quæ contra finem ſocietatis conſtituatur, *d. l. ſi non fuerit 29. §. 2. eod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantum ſperant ſpectantque ſocii, damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad ſubſtantiam ſocietatis pertinet: quippe quæ etiam ita conſtitui poteſt, ut unus è ſociis damni ſit expers, ut poſtea intelligetur. Cum autem de communione eo, quo dixi, animo inter aliquos convenit, tum ſocietas conſenſu contracta intelligitur, etſi nullius rei aut operæ collatio in præſentia fiat, *l. 2. de obl. & act.* Nec adverſatur, quod ſcribit Modeſtinus *l. 4. h. t.* poſſe ſocietatem coiri re & verbis &c. ſignificat enim, ſocietatem ita contrahi conſenſu, ut nihil interſit, verbis ſeu aperta conventione, an tacite re ſeu facto aliquo conſenſus declaretur: add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. *ad d. l. 4.* Species ſocietatis ſumuntur à diverſitate materiæ: ac de eo hic primum agitur: deinde diſputatur de pactionibus circa partes lucri & damni: poſtremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus diſſociamur.

TEXTUS.

Diviſio à materia.

Societatem coire ſolemus aut totorum bonorum, quam Græci ſpecialiter κοινωνίαν *appellant; aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.*

NOTÆ.

Societatem coire] Societas eſt communio conſenſu ſuſcepta. Eſtque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias ſive matrimonium adpellamus; vel bonorum, quæ verbo generis in uſu juris ſocietatis vocatur: de qua ſola hic agitur.

Aut totorum bonorum] In qua bona omnia præſentia continuo communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ poſtea obveniunt, in commune redigenda, *l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. l. 73. & ſeq. h t.* Cum autem aliqui ſimpliciter ſocietatem contrahunt, eorum duntaxat, quæ ex quæſtu veniunt, coita eſſe videtur, non etiam, quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, *l. 7. cum ſeq. eod.*

Unius negotiationis] Vel artificii, vel fundi in communi empti: in qua id ſolum, quod ex quæſtu rei venit, cujus ſocietas contracta eſt, lucrum commune eſt, *l. 52. §. 5. eod.*

Commentarius.

1. *Species ſocietatis ſubjectis diſtincta.*
2. *Quando univerſorum bonorum ſocietas contracta intelligatur, ejuſque effecta.*

3. Mori-

3. *Moribus Belgii talem ſocietatem inter conjuges conſtitui, & quidem ipſo jure : unde & quid amplius in hac, quam in alia univerſali.*
4. *Quæ bona communicentur, ſi ſocietas ſimpliciter coita ſit.*
5. *Peculiaria quædam in ſocietate omnium bonorum.*

SOcietatis diverſæ ſunt ſpecies & effectibus & ſubjectis diſtinctæ, ut, *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 5. l. 7. cum aliquot ſeqq. l. ſi non fuerint. 29. & paſſ. h. t.* Imperator autem hoc loco id tantum videtur oſtendere voluiſſe, aliam eſſe ſocietatem univerſalem, aliam particularem, ut vulgo diſtingui ſolet: quanquam
1 minus accurata ea oppoſitio eſt. Pinguius à diverſitate ſubjecti ſocietas ita diſtribui poteſt, ut dicamus, aliam eſſe rerum & bonorum omnium, aliam univerſorum, quæ ex quæſtu veniunt, aliam partis bonorum tantum, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificii, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium ſocietate bona omnia præſentia, id eſt, quæ coeuntium ſunt tempore contractæ ſocietatis, continuo communicantur, *l. 1. §. 1. l. 2. hoc tit.* actiones invicem ſunt cedendæ, *l. 3. eod.* quæ poſtea obveniunt, judicio ſocietatis communicanda, *l. ſi ſocietatem 73. & l. ſeq. eod.* & quidem etiam omnia, id eſt, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quam quæ ex opera ſociorum quæruntur, *d. l. 3. §. 1. d. l. 73. eod.*
2 Hujuſmodi autem ſocietas tunc tantum contracta intelligitur, cum nominatim & ſpecialiter omnium bonorum coita eſt, *dd. ll.* Interdum tamen evenit, ut tacite quoque ad actum videatur; veluti ſi fratres conſortes poſt mortem patris, bonis indiviſis, non paternis tantum, ſed etiam cæteris, in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis, vixerint, nec à ſe invicem rationes unquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requiruntur: nam ſi tantum paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid geſſerit, ſibive habuerit, univerſalis ſocietas minime contracta videbitur, nec quod aliunde quæſitum eſt, veniet in communionem, *l. cum duobus 52. §. Papinianus 6. hoc tit. l. 4. C. comm. utriusque jud. Ant. Fab. Cod. ſuo, hoc tit. defin. 3. D. Tulden. comm. hic cap. 1.* Moribus fere totius Belgicæ (Friſiam excipe, *vid. D.*
3 *Io. à Sande rer. jud. lib. 2. tit. 5. defin. 3.*) bonorum omnium communio & univerſalis ſocietas inter conjuges ipſo jure conſtituitur, niſi quid contra pactis antenuptialibus cautum ſit : in qua ſocietate etiam hoc amplius eſt, quam in alia univerſali, quod etiam ea, quæ poſt contractum matrimonium alterutri conjugum quæſita ſunt, continuo inter eos communia fiunt, non expectata nova eorum communicatione : ſcilicet quia lex hanc communionem inducit: *vid. D. Neoſtad. in obſ. 9.* cum alii ſocii, quamvis univerſorum bonorum, quæ poſt contractam ſocietatem acquirunt, ſibi acquirant; ut tamen judicio ſocietatis ea cogantur communicare, & quæſita in commune redigere, *l. ſi ſocietatem 73. & l. ſeq. hoc tit.* Unde Paulus *in l. 1. §. 1. eod.* non ait, ſimpliciter inter ſocios omnium bonorum continuo communicari res omnes, ſed res omnes, quæ coeuntium ſunt, id eſt, quæ tunc ſunt, cum ſocietatem coeunt. In ſo- 4
cietate univerſorum, quæ ex quæſtu veniunt, res coeuntium ſeu bona præſentia non communicantur, ſed futura tantum, ſeu lucra poſtea obvenientia; neque tamen hæc omnia, ſed ea ſolummodo, quæ ex quæſtu quotidiano, id eſt, ex opera & negotiatione cujusque ſocii acquiruntur, puta lucrum, quod ex emptione venditione, locatione, conductione, & ſimilibus commerciis, aut ex cauſa artificii deſcendit. Quæ vero alieno beneficio obveniunt, qualia ſunt hæreditas, legatũ, donationes, ea extra hanc cauſam habentur, *l. 7. & aliquot ſeqq. hoc tit.* Talis ſocietas contrahi intelligitur, cum aliqui ſimpliciter ſocietatem coeunt, hoc eſt ſaltem dicunt, ſibi placere, ut inter ipſos ſocietas ſit ſine deſignatione rerum, quarum ſocietatem contrahi velint, *d. l. 7.* Fallitur autem D. Bachovius, dum putat etiam in ſocietate ſimpliciter hoc modo contracta bona coeuntium ſtatim communicari: hoc enim non obſcure pugnat cum *d. l. 7.* Et *l. 1. §. 1 eod.* diſerte loquitur de ſocietate omnium bonorum. Veteres autem non aliam bonorum aut fortunarum omnium ſocietatem agnoſcunt, quam quæ nominatim ita contracta eſt: ut bene Baro hic. In ſocietate omnium bonorum etiam illud peculiare eſt, ut ſi quid ſocius neceſſe habuit præſtare ex ob- 5
ligatione honeſta, atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in ſocietatis rationem veniat, tametſi extra cauſam ſocietatis id præſtetur, *l. cum duobus 52. §. ult. h. t. 39. §. 3. fam. ercifc.* nec mirum, cum rurſus omnia etiam quæ ex lucrativa cauſa obveniunt, in commune ſint redigenda. Quapropter ſi unus è ſociis univerſorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum, honeſte tamen & decenter, non profuſe, inve fraudem ſociorum, id in ſocietatem imputabitur; veluti ſi pater filium in ſtudiis aluit, atque eo nomine quid honeſte & bona fide erogavit, *fac. l. quæ pater 50. fam. ercifc.* Quid ſi filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, ſocietatis id commune onus eſſe, non ſolius patris, *arg. l. 19. de rit. nupt. Rol. à Vall conſ. 91. Menoch. 2. de arb. jud. cap. 127. Fach. 8. contr. 4. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 51. num 9. Gotkofr. ad l. 81. hoc tit. Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſput. 27. th. 8.* Prius illud etiam admittit D. Tulden. *comm. hic cap. 4.* ſed

de dote diſſentit; propterea quod dos imputatur legitimæ, & conferenda eſt, ea autem, quæ ſtudiorum cauſa filio ſubminiſtrantur, non item, *d. l. 50. famil. erc.* Sed quid hoc ad rem? Imo, cum filiam dotare pater teneatur, vel magis in dote id obtinere debet. Sic ea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut ſe exhibeant, familiam, quam inſtituunt, ſuſtentent, conſequuntur, *l. 1. in fin. C. de coll.* quæ tamen imputabit ſocietati: & poteſt pater impendiis ſtudiorum cauſa factis hanc legem dicere, ut poſt mortem conferantur. Hoc autem nihil ad ſocios. Plane feuda in hanc ſocietatem non veniunt. *Bald. & Prapoſ. in c. imperialem de prob. feud. al. per Fred. & in c. 1. de inveſt. de re al. fact. Praeſ. Everh. conſ. 53.* In reliquis ſocietatibus id ſolum, quod ex quæſtu negotiationis venit, aut rei, cujus ſocietas contracta eſt, lucrum commune eſt: ex alia cauſa quæſitum ad communionem non pertinet, *l. cum duobus 52. §. cum duo. 5. eod.*

TEXTUS.

De partibus lucri & damni.

1. *Et quidem ſi nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales ſcilicet partes & in lucro & in damno ſpectantur. Quod ſi expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, ſi duo inter ſe pacti ſint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertia.*

COMMENTARIUS.

1. *Summa diſputationis hic propoſita.*
2. *In impari rerum collatione, ſi de partibus nihil dictum ſit, impares quoque conſtitutas intelligi; & reprehenſi, qui ſecus ſentiunt.*
3. *Ubi partes expreſſæ, qualiscumque collatio ſit, conventionem ſervandam.*

OMnis ſocietas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non ſemper lucrũ fit, & ſæpe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendũ eſt, ut ſciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus diſputationis tribus
1 hiſce propoſitionibus continetur. 1. Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales ſunt. 2. Si partes expreſſæ fuerint, has ſervari oportet. 3. Si una tantum in cauſa pars expreſſa ſit; in altera, quæ omiſſa eſt, eadem pars ſervari debet.

Æquales ſc. partes] Si partes expreſſæ non ſint, id tacite actum intelligitur, ut æquales ſint, *l. ſi non fuerint 29. pr. h. t.* quod ſic vulgo & recte acceptum eſt, ut pro vero habendum ſit, cum ea quoque, quæ conferuntur, ſunt æqualia: cæterum ſi inæqualis ſit collatio, pro rata ejus, quod quisque contulit, partes fieri: æqualitatem enim hic intelligi debere non arithmeticam, ſed geometricam, id eſt, analogam re-
bus collatis. Non placet hoc D. Connano, *lib. 7.* 2
comm. 13. neque D. Tuldeno *comm. hic cap. 5.* qui ita diſputat, ut exiſtiment, etiam in impari rerum collatione, ſi de paribus ſocietatis nihil dictum ſit, æquales partes pro numero ſociorum tacite factas intelligi, non conſiderato eo quod quisque contulit; quaſi ubi nihil ſpeciatim dictum eſt, communem duntaxat negotiationis fortunam ſpectaſſe, atque in eo acquieviſſe videantur, ut quisque damni & lucri tantundem haberet; ſcilicet jubente id etiam lege ſocietatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primum nata ſit, & pares faciat etiam quos impares ſuſcepit. Sed ut concedamus, hoc tacite actum videri in ſocietate omnium fortunarum, aut ſimpliciter & ſine deſignatione rerum contracta: tamen in ſocietate unius alicujus negotiationis idem probandum non eſt. Nam, cum nihil æquius ſit, quam ut quisque pro ratione ſortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum ſentiat. *l. 6. l. quid enim 80 h. t.* hoc ipſum tacite quoque actum intelligi convenit, ſi nihil aliud dictum eſt. Bene Ariſtot. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin. & 3. Polit. 6* ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ πλεῖον λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλεῖον.

Si expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent] Ac
proinde etiam ſi inæquales ſervari placuerit in col- 3
latione æquali, pactio ſervanda erit: & contra ſi æquales ſervari placuerit in collatione inæquali. Itaque cum ſæpe non conſtet, an æqualis utriusque aut rerum aut operæ collatio facta ſit, ut omnis de hac re controverſia inter ſocios tollatur, recte fecerint, ſi ipſi expreſſe partes ſocietatis conſtituant. Videtur tamen quod hic ſimpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de quo ſub § *ſeq.* Quod ſi ſocietas ea conditione contracta ſit, ut partes poſtea conſtituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda eſt, *l. 6. hoc tit.* Sed & ſi arbitrio tertii alicujus partium definitio permiſſa ſit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifeſta iniquitate arbitrium perſonæ electæ per judicium bonæ fidei corrigi, *l. ſocietatem 76. cum 4. ll. ſeq.*

Ut ad unum duæ partes, &c.] Hæc conventio ut ad unum duæ partes tam damni, quam lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta eſt. Imo vix inæqualitatem habere videtur; quoniam

niam incertum eſt, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum ſit, neque enim ſemper favente Mercurio negotia procedunt.

TEXTUS.

De partibus inæqualibus.

2. De illa ſane conventione quæſitum eſt, ſi Titius & Sejus inter ſe pacti ſint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio. Quintus Mucius contra naturam ſocietatis talem pactionem eſſe exiſtimavit, ob id non eſſe ratam habendam, & Servius Sulpitius (cujus ſententia prævaluit) contra ſenſit; quia ſæpe quorundam ita pretioſa eſt opera in ſocietate, ut eos juſtum ſit conditione meliore in ſocietatem admitti. Nam & ita poſſe coiri ſocietatem, non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune ſit: quia ſæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii ſententiam obtinuit, ut illud quoque conſtiterit poſſe convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur. quod & ipſum Servius convenienter ſibi fieri exiſtimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut ſi in alia re lucrum; in alia damnum illatum ſit, compenſatione facta, ſolum quod ſupereſt, intelligatur lucro eſſe.

NOTÆ.

1. CONTRA NATURAM SOCIETATIS] Utpote quæ æqualitatem tanquam jure quodam fraternitatis deſiderat, *l. 63. pr. eod.*

SERVIUS SULPITIUS] *l. 30 in fin. h. t.*

OPERA ALICUJUS PRO PECUNIA] Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & ſimilibus, *l. 29. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1. Sulpitium in caſu hic propoſito non tam improbaſſe videri ſententiam Mucii quam temperaſſe.
2. Improbatur eadem Mucii ſententia ſimpliciter.
3. Notabilia quædam circa caſum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.
4. Si convenerit, ut unus lucri ſit particeps, damni immunis: & de leonina ſocietate.

Lucri duæ partes, damni tertia] Difficulter in ſocietate coeunda admiſſum eſt, ut partes lucri & damni difformiter conſtituerentur; veluti ſi convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc cōventio diſplicuit, ut naturæ ſocietatis, quæ æqualitatem deſiderat, contraria: ſed à Servio Sulpitio admiſſa eſt, cujus ſententiam prævaluiſſe teſtatur Juſtinianus.

Quia ſæpe quorundam ita pretioſa eſt opera] Hæc ratio arguere videtur, Sulpitium non tam improbaſſe ſententiam Mucii, quam temperaſſe: nimirum quod Mucius ſimpliciter dixit, iniquam eſſe hanc pactionē, naturæque ſocietatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni ſentiat, id Servium exiſtimaſſe verum non eſſe in omni ſocietate: iniquam quidem eam conventionem videri in ſimplici & æquali collatione rerum ſeu pecuniæ; quod etiam forte ſolum Mucius conſideravit: at iniquam non eſſe, ubi unus pecuniam tantum, alter operam ſimul cum pecunia confert: imo juſtum eſſe hunc meliore conditione in ſocietatem admitti. Igitur ne quidem ex ſententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis eſt operarum & ſortis collatio; ſed tunc demum ratum eſt, cum inæqualis eſt collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus ſocietati confert, ſive pecuniæ, ſive operæ aut induſtriæ: quod etiam evidenter probare videtur reſponſum Ulp. *in l. ſi non fuerint 29. pr. h. t.* Atque ita olim Azo contra Joannem diſputavit; ejusque ſententiam interpretes *comm. ad hunc §. & in d.l. 29.* ſequuntur. *Gomez. 2. var. reſol. 3 num. 5. Weſemb. parat. hic, n. 7. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 51.* Sed ut verum fatear, non poſſum huic ſententiæ acquieſcere. Nam primum rationis eſſe videtur, ut expreſſa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, *arg. l. contractus 23. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ ſapiat communionem leoninam. Deinde quia apertè huic ſententiæ refragatur, quod ſimpliciter ſcriptum eſt, *§. præc.* ſi partes expreſſæ fuerint, has ſervari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus

bus inæqualibus etiam ubi æqualis eſt collatio omnino accipiendum eſt: quoniam in collatione inæquali, etiamſi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta ſunt, conſtitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. *ſeq. & l. Mucius 30. in fin. eod.* Etſi vero hac ratione induci tur aliqua inæqualitas: non video tamen, cur non poſſit expreſſa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua conſiſtit ſocietatis ſubſtantia. Nec dubium eſt, quin ſocietas æque ex parte donationis cauſa recte contrahatur, atque emptio-venditio, *l. ſi quis 38. de contr. empt.* Quare exiſtimandum potius eſt, Servium in reddenda ratione ſuæ ſententiæ reſpexiſſe ad id, quod plerumque evenit, ut ſcilicet unius opera ſit pretioſior, & plus ſocietati proſit, quam alterius; de quo tamen in ſingulis perſonis inquirendum non ſit, cum ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam ſufficiat, id evenire poſſe & frequenter etiam evenire: neque aliud ſenſiſſe Ulpianum, aut nimiam ſolum improbaſſe inæqualitatem *d. l. 29. h. t.* Utut vero ſit, uſus hujuſmodi conventiones ſuſtinet, ut poſt Angel. Porc. & alios teſtatur *Weſemb. hic. & in par. d. loc. add. Menoch. 2. de arb. jud. caſ. 125.*

Ut alter pecuniam] Etiam uno pecuniam, altero operam conferente ſocietatem contrahi poſſe obtinuit, *l. 1. C. hoc tit.* & quidem ita, uti hic dicitur, ut lucrum inter eos commune ſit. Quippe cum ſæpe opera alicujus tanti ſit, quanti pecunia eſt. Tritum eſt illud Plauti, *Aſin. act. 1. ſc. 3.*

Par pari datum hoſtimentum eſt, opera pro pecunia.] cui ſimile illud in *l. 52. §. 2. eod. pretium operæ & artis eſt levamentum, id eſt, σήκωμα.* Varro apud Non. *amuſſis eſt, æquamen, levamentum.* In codice Henuſco præpoſtero literarum ordine ſcriptum eſt *velamentum.* Nimirum qui artem operamve præſtat, non minus præſtare creditur, quam is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis, & ſimilibus intelligi debet, *d. l. ſi non fuerint 29. §. 1. hoc tit.* Poſſunt igitur duo ſocietatem ſic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiſcatur ad merces emendas, emat & vendat, ut ſic deinde lucrum commune ſit. Cæterum hæc collatio non uno modo fit, nam aut opera confertur cum ſolo pecuniæ uſu, quo caſu ſors domino perit, & ſi ſalva eſt, domino ſalva eſt: aut opera confertur cum ipſo dominio pecuniæ, quo caſu qui operam impendit particeps fit ſortis. In prima ſpecie comparatur cum opera non ſors, ſed periculum amittendæ ſortis, & lucrum, quod ex ea probabiliter ſperari poterat. In altera operæ pretium habetur quaſi ſorti adjectum, & pro eo, quod valet, in ipſa ſorte partem habet, qui operam præſtat, ut eleganter *Grot. 2. de jur. bell. ac pac. 12. num. 24. Covar. 3. var. reſol. 2.* Atque hinc ſumenda deciſio quæſtionis agitatæ apud interpretes in *l. 1. C. hoc tit.* utrum in hoc genere ſocietatis pecunia collata communicetur, nec ne; & conſequenter, utrum finita ſocietate ea etiam inter ſocios dividenda ſit, an is, qui contulit, eam præcipere debeat. Cui ſimilis eſt altera, utrum in hujuſmodi ſpecie damnum pecuniæ amiſſæ commune ſit, an ad eum ſolum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant *Gail. 2. obſ. 24. n. 6. Fachin. 2. contr. 94. & 95. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 51. num. 4. & vol. 1. deciſ. 207. n. 8. & ſeqq.*

4 *Lucri partem ferat, de damno non teneatur*] ut ſociorum aliquis lucri ſit particeps, immunis damni, præter naturam eſt ſocietatis. Poteſt tamen ita conveniri ſine injuria: nam ſecundum Caſſium & Sabinum talis conventio iniqua non eſt, ſi tanti ſit opera, quanti damnum eſt; id eſt, ſi tanti eſt illud, quod impenditur & perditur operæ, quanti eſt damnum acceptum, *d. l. ſi non fuerint 29. §. 1. hoc tit.* D. Grotius loco præcitato ſcribit, mixtum eſſe hujuſcemodi contractum ex ſocietate & contractu avertendi periculi, quem aſſecurationem vocant; atque in eo ita ſervari æqualitatem, ſi tanto plus lucri ferat, quam alioqui laturus fuerat, qui in ſe damnum recepit. Ait Juſtinianus *lucri partem,* diſerte *partem.* Nam talis ſocietas coiri non poteſt, ut unus lucrum tantum, alter damnum aut damni partem ſine lucro ſentiat, *d. l. 29. §. 2* quippe ita naturalis ſocietati eſt lucri communio, ut ſine ea nequeat ſocietas conſiſtere. Veteribus talis ſocietas, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum expectat, leonina dicitur *d. l. 29. § 2.* appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æſopi de leone, aſino & vulpe. vid. Deſiderium noſtrum *Chiliad.*

In alia re lucrum, in alia damnum] Lucrum non particulatim æſtimatur, ſed in ſumma ſummarum, hoc eſt, id demum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impenſis ſupereſt. Quemadmodum ex contrario damnum non intelligitur, niſi deducto omni lucro, *l. 30. hoc tit.* Itaque ſi inter duos inita ſit negotiatio mancipiorum & boum, atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 100. facta lucri & damni compenſatione, reperietur ſupereſſe lucrum ducentorum, qui ſecundum legem ſocietatis dividi debent.

TEXTUS.

De partibus expreſſis in una cauſſa.

3. *Illud expeditum eſt, ſi in una cauſa pars fuerit expreſſa, (veluti in ſolo lucro,*

vel in ſolo damno) in altera vero omiſſa, in eo quoque, quod prætermiſſum eſt, eandem partem ſervari.

COMMENTARIUS.

Quæ partes in cauſa lucri aut damni tantum definitæ ſunt, eædem etiam in cauſa omiſſa tacite definitæ intelliguntur: verbi cauſa, ſi ea lege ſocietas coita ſit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret, tacite actum intelligitur, ut easdem partes & in damno agnoſcant: & ſi convenerit, ut partes lucri æquales ſint, tacite conventum intelligitur, ut damnum quoque pro æquis partibus commune ſit. Idque locum etiam habet in ſocietate conjugali, puta ſi pacto antenuptiali placuerit lucra ex quæſtu obvenientia æqualiter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex æquo ferre debet. *Everhard. conſil 197. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 51. n. 2.* Ratio hujus juris afferri hæc ſolet, quod id, quod generaliter diſpoſitum eſt in uno correlativorum, etiam diſpoſitum cenſeatur in altero: ſed parum, ut mihi videtur, ſubtiliter. Neque enim à natura relatorum, ſed à paritate rationis totum hoc pendet: quod etiam agnoſcere videntur illi, qui non ſimpliciter, quod in uno correlatorum diſpoſitum eſt, in altero quoque diſpoſitum cenſeri tradunt, ſed addito hoc temperamento, quando utriusque par ratio eſt. *Bald. in l. fin. Cod. de ind. vid. toll. Iaſ. in l. 1. Cod. de in jus voc. Chriſtin. d. l.*

TEXTUS.

Quibus modis ſocietas ſolvitur.
De renunciatione.

4. *Manet autem ſocietas eo usque, donec in eodem conſenſu perſeveraverint. At cum aliquis renuntiaverit ſocietati, ſolvitur ſocietas. Sed plane, ſi quis callide in hoc renuntiaverit ſocietati, ut obveniens aliquod lucrum ſolus habeat; veluti ſi totorum bonorum ſocius, cum ab aliquo hæres eſſet relictus, in hoc renuntiaverit ſocietati, ut hæreditatem ſolus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad ipſum ſolum pertinet. Ei vero, cui renuntiatum eſt, quicquid omnino poſt renuntiatam ſocietatem acquiritur, ſoli conceditur.*

COMMENTARIUS.

1. *Quam rationem habeat, quod placet vel unius è ſociis renuntiatione ſocietatem ſolvi, adeóque tunc etiam, cum in perpetuum coita eſt.*
2. *Quibus ex factis renuntiatio tacite facta intelligatur.*
3. *Malitioſa renuntiatio quatenus cui noceat.*

Societas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & ſuis quibusdam modis ſolvantur, quos Juſtinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti ſunt, explicare voluit. In ſocietate id facit hoc loco, in mandato tit. ſeq. Societas proprio jure ſolvitur quatuor fere modis; renuntiatione, morte, capitis minutione, egeſtate unius, *l. 4. §. 1. l. verum 63. §. ult. hoc tit.* quæ ſingula ordine latius declarabuntur.

Donec in eodem conſenſu] Tamdiu ſocietas durat, quamdiu conſenſus partium perſeverat, *l. 5. C. eod.* Et ſiquidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab inſtituta conjunctione diſcedatur, ſecundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ conſenſu contrahuntur, invicem liberantur, *§. ultim. inf. quibus mod. toll. obl.* Sed illud proprium hujus contractus eſt, quod etiam poſtquam res integra eſſe deſiit, id eſt, poſtquam jam collatio & communicatio facta eſt, ab eo recedi, & vel unius voluntate poteſt: quomodo in ſpecie dicitur ſocietas diſſolvi renuntiatione.

Cum aliquis renuntiaverit ſocietati] Hoc in contractu ſocietatis jure ſingulari receptum eſt contra regulas communes de diſſolvendis obligationibus, *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. C. de reſc. vend.* Idque duplici de cauſa: primum quia ſocii officium invicem præſtant, & accipiunt; deinde quia non bene convenit cum natura & conditione ſocietatis, quæ rationem quandam & jus fraternitatis habere creditur, *l. verum 63. pr. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia diſcordias inter non conſentientes excitare ſolet, *l. cum pater. 77. §. dulciſſimis 20. de legat. 2.* Adeo autem viſum eſt ex natura eſſe ſocietatis, unius diſſenſu totam diſſolvi, ut, quamvis ab initio convenerit, ut ſocietas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea reſilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tanquam factum contra naturam ſocietatis, cujus in æternum nulla coitio eſt, *l. nulla 70. hoc tit.* contemnere liceat: *l. 14. eod.* Nam quod Paulus ſcribit, *l. 1. eod.* ſocietatem etiam in perpetuum coiri poſſe, nihil aliud ſignificat, quam ſine ulla tem- 1

temporis præfinitione, aut donec ſocii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, ſed ut ſolo lapſu temporis non finiatur ſocietas. Porro autem renuntiatione diſſociamur aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cum cæteris nuntiatur, ut res ſuas
2 ſibi habeant atque agant, *d. l. 63. in fin. eod.* Tacita voluntas renuntiandi tribus his factis evidenter arguitur. 1. Novatione actionis pro ſocio ab uno ex ſociis facta, *l. actione 65. prin. eod.* quod etiam ſignificat Ulpian. cum dicit, ſocietatem etiam ab actione ſeu ab interitu actionis diſtrahi, *d. l. 63. §. ult.* 2 actione pro ſocio ab uno adverſus alios inſtituta, diſtrahendæ ſocietatis cauſa, *d. l. actione. in pr. junct. § pen. add. vaſ. rog. Salicet. in l. 5. Cod. eod.* 3. cum ſeparatim agere cœperint, & ſibi quisque negotiari, *l. itaque 64. eod.* veluti ſi Typographi aliquot, qui antea communibus ſumptibus libros imprimendos curabant, poſtea ſinguli domi ſuæ ſibi imprimere cœperint, & commune impendium facere deſierint, tacite renuntiaſſe ſocietati intelliguntur.

3 *Si quis callide renuntiaverit*] Quævis renuntiatio quantumvis inſidioſa, hactenus valet, ut renuntianti noceat, & liberet ab eo ſocios: at ex contrario non quælibet renuntiantem liberat à ſociis, ſed ea ſolum, quæ injuria caret. Injuriam autem renuntiatio habet, non tantum ſi callide & malitioſe facta ſit, cujus exemplum hic profertur: verum etiam, quæ facta ſit abſenti, quoad is ſcierit, *l. 17. §. 1. eod.* item ſi facta intempeſtive, id eſt, ante tempus conventum, (niſi ex nova cauſa, *l. 14. & 2. ſeqq. eod*) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coëmptas vendi non expedit, ita ut non privatim unius è ſociis, ſed ſocietatis intereſſit eam non dirimi. Qui ſic renuntiat, damni particeps, lucri expers manet, *d. l. 7. §. 1. l. actione 65. §. 3. 5. & 6 eodem.*

Veluti ſi totorum bonorum ſocius] Expreſſe mentionem tantum facit ſocii omnium bonorum, qui propter hæreditatem obvenientem renuntiat, ut & Juriſconſultus in *d. l. actione, §. 3.* quoniam ut commodum hæreditatis uni acquiſitæ communicetur, extra cauſam ſocietatis omnium bonorum aut ſpecialem conventionem locum non habet, *l. 3. §. 1. l. 7. eod.*

Quod non captaverit] Si renuntianti, lucrum aliquod poſt renuntiationem obvenerit, quod in renuntiatione non ſpectavit captavitque, id communicare non cogitur: quia nec dolum in eo admiſit, *d. l. actione, §. 3.*

Cui renuntiatum eſt] Cui doloſe renunciatum eſt, is nihil ejus lucri, quod poſt renuntiationem aliunde quæſivit, renuntianti communicare tenetur: quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem à ſociis non liberat; ſocios tamen liberat à renuntiante, *d. l. actione §. 3.*

TEXTUS.

De morte.

5. Solvitur adhuc ſocietas etiam morte ſocii: quia qui ſocietatem contrahit, certam perſonam ſibi eligit. Sed & ſi conſenſu plurium ſocietas contracta ſit, morte unius ſocii ſolvitur, etſi plures ſuperſint: niſi in coëunda ſocietate aliter convenerit.

NOTA.

Nisi, &c. ALITER CONVENERIT] Id eſt, ut uno mortuo nihilominus inter ſuperſtites ſocietas continuaretur, *d. l. 65. §. 7.* Quamvis autem hæres in ſocietatem non ſuccedit, tenetur tamen actione pro ſocio ex obligatione antea nata, item ut bonam fidem præſtet & acti etiam culpam in eo, quod ex antegeſto pendet, *d. l. 65. §. 9. l. 35. & ſeq. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur viſum, ut morte & vel unius è pluribus tota ſolvatur ſocietas: & quo id pertineat. n. 3.*
2. *Ratam eſſe conventionem, ut mortuo uno, inter ſuperſtites ſocietas perſeveret.*

ETiam morte unius ſocii ſocietas ſolvitur, *l. 4 §. 1. l. nemo 35. l. cum duobus 52. §. idem 9. l. adeo 59. l. verum 63. §. ult. l. actione 65. §. morte 9. hoc tit.* Et 1
hoc genus diſtrahendæ obligationis ſocietatis proprium eſt, recedens ab illo communi quo placet hæredem in eandem obligationem, & idem jus, quod defuncti fuit, ſuccedere; *§. ult. præc. tit. l. hæres in omne 37. de acq. hær. l. hæreditas 62. de reg. jur.* ſed admiſſum in ſocietate ex natura hujus contractus; atque eadem ratione qua in mandato, quoq; placet morte mandatarii ſolvi mandatum; nimirum quia in ſocietate non tantum rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verum inſuper etiam fidei & induſtriæ, quæ ad hæredes non tranſeunt, contemplatio verſatur. Nam ut in textu dicitur, *qui ſocietatem contrahit, certam perſonam ſibi eligit,* cujus ſcilicet fidem, induſtriam, res & facultates ſequatur. Uſque adeo autem morte ſocii dirimi ſocietatem placet, ut nec ab initio paciſci poſſimus, ut hæres in ſocietatem ſuccedat, *d. l. nemo 35. d. l. adeo 59. hoc tit.* quaſi & tale pactum naturæ ſocietatis repugnet, ut quis invitus ſocius efficiatur, cum non vult, *d. l. actione §. ſocietas 11. eod.* Exceptæ tamen ſunt ſocietates vectigalium, in quibus hujuſmodi conventiones ob publicam utilita-

litatem admiſſæ: manetque hoc caſu ſocietas etiam poſt mortem, niſi forte is mortuus ſit, cujus contemplatione potiſſimum ſocietas coïta, aut ſine quo ea adminiſtrari non poſſit, *d. l. adeo 59. l. verum 63. §. in hær. 8. eod.*

Sed & ſi conſenſu plurium] Etſi plures, quam duo, ſocietatem coïerint, & unus tantum ex his mortuus ſit, totam tamen ſocietatem diſſolvi placet, id eſt, non tantum diſſolvi quoad perſonam hæredis defuncti, ſed ita, ut nec qui ſuperſint, ſocietati obligentur, *d. l. actione 65. §. morte 9. hoc tit.* Ratio eſt, quoniam cum plures ſocietatem coëunt, alii aliorum contemplatione ad eam accedunt, ut proinde vel uno ſublato amplius in ſocietate manere nolle videantur.

Niſi in coëunda ſocietate aliter convenerit] Si in contrahenda ſocietate inter plures nominatim con-
2 venerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui ſuperſtites futuri ſint, ſocietas maneat, rata eſt inter vivos & conſentientes conventio; *d. l. actione §. morte.* Neque quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l. 35. l. cum duobus 52. §. idem 9. l. adeo 59. eod.* Confundit Hotomannus duo diſſimilia pacta; pactum, quo placet hæredem in ſocietatem ſuccedere, quod ab Ulpiano improbatur; & pactum, quo inter plures ſocietatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter ſuperſti-
3 tes ſocietas continuetur. Quod valere poſt Paulum in *d. l. actione, §. morte*, tradit Juſtinianus hic. Illud obiter monendi ſumus, cum morte ſocii ſolvi dicitur ſocietas, id non eo pertinere, ut hæres ſocii non teneatur actione pro ſocio ex ea obligatione, quæ ſtante ſocietate nata eſt, aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præſter, & acti etiam culpam in eo, quod ex ante geſto pendet; *d. l. nemo 35. & l. ſeq. d. l. verum 63. §. in hæredem 8. d. l. actione §. morte, hoc tit.* ſed, ut intelligamus, hæredem neque ſocium eſſe, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea ſocietate eſſe poſſit, in reliquum tempus vocari.

TEXTUS.
De fine negotii.

6. Item ſi alicujus rei contracta ſocietas ſit, & finis negotio impoſitus eſt, finitur ſocietas.

COMMENTARIUS.

SI ſocietas certæ alicujus negotiationis cauſa inita ſit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, fine negotio impoſito, id eſt, empto diſtractoque vino aut frumento, ſocietas extinguitur, *d. l. actione 65. §. item ſi 10. d. l. verum 63. §. ult. eod.* Sed in eo nihil proprium videtur ſocietatis; utpote cui ea lex ab initio dicta ſit. Idem eſt, ſi ad certum tempus contracta ſit ſocietas: nam exacto tempore ea expirat *fac. d. l. actione, §. item qui 6.*

TEXTUS.
De publicatione.

7. Publicatione quoque diſtrahi ſocietatem, manifeſtum eſt, ſcilicet ſi univerſa bona ſocii publicentur: nam cum in ejus locum alius ſuccedat, pro mortuo habetur.

COMMENTARIUS.

QUod Paulus, *dicta l. actione, §. publicatione 12. hoc tit.* unde hic locus deſumptus eſt, dicit, publicatione bonorum ſocii diſtrahi ſocietatem, hoc Modeſtinus & Ulpianus dixerunt, ſocietatem ſolvi capitis deminutione *l. 4. §. 1. d. l. verum 63. §. ult. eod.* Intelligunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cum ſocius ſeveritate ſententiæ aut in ſervitutem redigitur, aut in inſulam deportatur, quo caſu bona damnati publicari ſolent, *l. 1. de bon. damn. l. 8. §. 1. & 2. qui teſtam. fac.* Poterat hæc ſpecies diſſociationis etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte ſocii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta eſt, hi jure civili pro mortuis habentur: eoque pertinent, quod dicitur in *d. l. verum, §. ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad ſequens genus referri poteſt.

Alius ſuccedat] Intellige fiſcum, qui bona damnatis ablata occupat & ſibi vendicat, *l. ultim. de bon. eor. qui ante ſent. vel mort ſibi conſciv. &c.*

TEXTUS.
De ceſſione bonorum.

8. Item ſi quis ex ſociis mole debiti prægravatus bonis ſuis ceſſerit, & ideo propter publica & privata debita ſubſtantia ejus veneat, ſolvitur ſocietas. Sed hoc caſu ſi adhuc conſentiant in ſocietatem, nova videtur incipere ſocietas.

NOTA.

8. Bonis ſuis ceſſerit] *d. l. 65. §. 1.* Hoc Modeſtinus dixit, egeſtate diſſociari, *l. 4. §. 1. eod.*

Commentarius.

POſtremo etiam egeſtate unius ſocii ſocietas ſolvitur. *l. 4. §. 1. h. tit.* egeſtate ſcilicet extrema, id eſt, bonorum omnium, aut tantum non omnium amiſſione. Nam cum ſocietas contrahatur bonorum in commune quærendorum cauſa, non magis bonis ſublatis ſocietati locus eſſe poteſt, quam ſublata perſona ſocii. Amittuntur bona aut civitate ſalva, veluti ceſſione, id eſt, ſi ſocius ære alieno oppreſſus bonis ſuis creditoribus ceſſerit, eaque à creditoribus diſtracta fuerint: *l. 3. de ceſſ. bonor.* ac tum etiam ſocietatem dirimi placet, *hoc text. & d. l. actione 65. §. 1. eod.* aut civitate una cum bonis amiſſa, ut in ſpecie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipſum verbum publicationis ſatis indicat: eaque conſideratione illa quoque ad hanc rationem diſſolvendæ ſocietatis referri poteſt. Sed & decoctione bona amittuntur & pereunt. Cæterum decoctione ſola ſocietatem ſolvi negat Stracha *de decoctor. part. 2. n. 47.* niſi ea ad manifeſtam egeſtatem ſocium redegerit, *arg. d. l. 4. §. 1.* Quod & D. Tuld. probat *comm. hic, cap. 8.* Non puto autem, quod hic traditur de diſſolutione ſocietatis ob amiſſionem bonorum, locum habere eo caſu, quo nihil pecuniæ in ſocietatem collatum eſt, aut quo ille, qui operam tantum contulit, bona ſalva civitate amiſit, niſi fortè ob bona amiſſa ſperatam operam præſtare nequeat.

Si adhuc conſentiant] Nihil prohibet cum ſocio, qui bonis ceſſit, renovare ſocietatem: quippe qui cum civis maneat, alia bona acquirere poteſt, vel operis ſuis vel alieno beneficio, *l. 6. de ceſſ. bon.*

TEXTUS.

De dolo & culpa à ſocio præſtandis.

9. *Socius ſocio utrum eo nomine tantum teneatur pro ſocio actione, ſi quid dolo commiſerit, ſicut is, qui deponi apud ſe paſſus eſt an etiam culpæ, id eſt, deſidiæ atque negligentiæ nomine, quæſitum eſt. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactiſſimam diligentiam dirigenda eſt. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere ſocium, qualem ſuis rebus adhibere ſolet. Nam qui parum diligentem ſocium ſibi adſumit, de ſe queri, ſibique hoc imputare debet.*

NOTÆ.

9. Socius socio] Ex Cajo *l. 72. h. t.* Actio pro ſocio ex utroque latere directa eſt: nam utriuſque ſocii par eſt conditio.

Qualem suis rebus adhibere] Id eſt, mediam, qualem plerique patresfam. ſuis rebus adhibent, *l. 11. de per. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 14. de pign. act.* Levem itaque culpam, non etiam leviſſimam ſocius præſtat. Quod & ipſum convenit regulæ de contractibus, qui utriuſque gratia fiunt, *d. l. 5. §. 2. commod.*

De se queri] Eadem ratione utitur *ſup. §. ult. quibus mod. re cont. obl.* ad excludendam culpam levem. Certior eſt illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium verſatur utilitas.

Commentarius.

1. *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum ſocius doli duntaxat, an etiam culpæ ſeu negligentiæ nomine obligetur.*
2. *Ad quem diligentiæ gradum culpa in judicio ſocietatis exigenda.*
3. *Nodus Cordius, quem nectit l. 32.* depoſ. *ſolutus.*
4. *Fortior ratio, ob quam ſocius mediæ præſtatione diligentiæ obſtringitur, quam quæ hic in calce, affertur.*

HÆc etiam ſunt apud Gajum *l. ſocius 72. hoc tit.* cujus verba huc tranſtulerunt Compoſitores, habet autem hic locus majorem difficultatem, quam vulgo interpretes opinantur. Illud conſtat, ſocietatem eſſe ex numero eorum contractuum, qui utriuſque contrahentis gratia fiunt, in quibus juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* (ubi nominatim quoque ſocietatis mentio fit) & dolus & culpa præſtatur. Sed & illud certum eſt, appellatione culpæ, quoties ea abſolute ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo ſignificari, latam culpam comprehendi nomine doli. *vid. ſup. §. 2. quibus mod. re contr. obl.* Quapropter nulla videtur eſſe probabilis dubitandi cauſa, utrum ſocius doli nomine duntaxat, ſicut depoſitarius; an vero etiam ob culpam ſeu deſidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen quæſitum eſſe ait hic Juſtinian. & ex veteribus Ulpian. in *l. cum duobus 52. §. 2. eod.* Illa ſane dubitandi ratio ſatis juſta non eſt, quod ſocius propter ſuam partem 1

cau-

cauſam habet gerendi: ſiquidem hoc à culpa neminem excuſare poteſt: ſed tantum facit, ut culpa non æſtimetur oppoſitu diligentiæ ſummi gradus, id eſt, ne præſtetur culpa leviſſima, *l. hæredes 25. §. non tantum 16. fam. erciſc.* Forraſſis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. *& d. l. ſocius 72.* dicitur, is qui parum intelligentem ſocium ſibi adſcivit, de ſe queri, ſuæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et ſane hanc rationem Juſtinianus & Gajus alibi afferunt, tanquam ob quam placeat depoſitarium dolum tantum, non etiam culpam aut negligentiam præſtare, *§. pen. ſup. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* Verum iidem hoc loco, *& d. l. ſocius*, eo argumento utuntur, non ut probent, ſocium de dolo tantum teneri; ſed ut probent, eum compellendum non eſſe ad præſtandam exactiſſimam diligentiam, ſive, quod idem valet, ſufficere, ſi mediam diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communem hominum modum, careat. Sed non eſt, quod in eo nos torqueamus, cum alia & certa ratio ſit, quæ manifeſte efficiat, ut in ſocietate non modo dolus, ſed etiam culpa præſtetur; nimirum quia, ut jam diximus, commodum ſocietatis ad omnes ſocios pertinet: quæ res etiam aperte ſocios ſeparat à depoſitario, qui onus tantum ſuſtinet, commodi nihil expectat. Cæterum in hoc poſita non eſt tota hujus loci difficultas.

Qualem ſuis rebus adhibere ſolet] Didicimus, ſocium ſocio non modo eo nomine teneri, ſi quid dolo commiſerit, verum etiam nomine culpæ ac deſidiæ: atque in hoc diſtare ſocium ab eo, cui res cuſtodienda data eſt, ſeu depoſitario, qui dolum præſtet
2 duntaxat. Porro nunc docemur, ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio ſocietatis examinanda ſit; quod & ipſum dubio carere videtur, ſi in ſocietate quoque regulam ne contractibus, quæ utriusque utilitatem tangunt, ſervari placet, & culpæ nomine ex uſu juris auctorum levem tantum accipimus non etiam leviſſimam. Ait Juſtinianus, culpam in ſocietate non ad exactiſſimam diligentiam dirigendam eſſe, ſed ſufficere talem diligentiam communibus rebus ſocium adhibere, qualem ſuis rebus ad-
3 hibere ſolet. Quæ ſunt ipſiſſima verba Gaji in *d. l. ſocius 72. hoc tit.* Hic vero nobis pene indiſſolubilem nodum nectit reſponſum Celſi in *l. quod Nerva 32. depoſ.* Ubi Juriſconſultus refert & probat, quod Nerva dixit, latiorem culpam dolum eſſe, ſcilicet vi & effectu, ut non minus, quam dolus in depoſito præſtetur. Hujus autem culpæ reum eſſe ait, qui minus diligens eſt in rebus alienis, quam in ſuis, ſive ut loquitur Juriſconſultus, qui non ad ſuum modum curam in depoſito præſtat. At nihil amplius Juſtinianus à ſocio exigere videtur: inter quem tamen & depoſitarium, hanc ipſe differentiam antea conſtituit, quod ſocius præter dolum etiam culpam & negligentiam præſtet, depoſitarius non item. Et cujus igitur rei præſtatio ſocium à depoſitario ſegregat? Non aliter videtur hic nodus expediri poſſe, quam ſi dicamus, Juriſconſultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quam ſuam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præſtet depoſitarius: aliquando vero id factum adſcribere culpæ levi & negligentiæ, quam præſtet ſocius, depoſitarius non præſter. Illud Celſus facit in *d. l. quod Nerva, depoſ.* Hoc alii paſſim, ut Juſtinianus hic. Gajus in *dict. l. ſocius 72.* item Paulus *l. hæredes 25. §. non tantum 16. famil. erciſc. l. in rebus 17. de jur. dot.* & Ulpianus *l. 1. de tutel. & ration. diſtr.* Sed animadvertendum eſt, Celſum expreſſe proponere ignavum aliquem & diſſolute negligentem, id eſt, talem, qui nec, ut ait ipſe, ad eum modum diligens ſit, quem hominum natura deſiderat. Hunc ait, ſi ne ad ſuum quidem modum curam rei alienæ præſtet, reum eſſe culpæ latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari poteſt. At extra hunc caſum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, ſeu bono alioquî & frugi patrefam. ſi quando is conſuetam in ſuis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiſerit, levem culpam id reputabimus: atque omnino exiſtimandum eſt, curam diligentis hominis conſiderari, quoties ſimpliciter ea diligentia in re aliqua ab aliquo exigitur, quam præſtare ſolet in rebus propriis, *argum. d. l. quod Nerva, depoſ.*

De ſe queri ſibique hoc imputare] Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia à ſocio exigenda ſit, per *l. 1. §. is quoque 5. de oblig. & action. & §. pen. ſup. quib. mod. re contr. obligat.* Sed in ſocietate ea ratio ideo id non evincit, quia ex adverſo alia eſt & fortior, ob quam juſtum ſit ſocium præſtatione mediæ diligentiæ adſtringi; nimirum quia in hoc contractu omnium verſatur utilitas: tantum hoc efficit, ut à ſocio non ſit exigenda diligentia ſumma atque exactiſſima, quam forte aliquis putet à ſocio præſtandam eſſe, propterea quod ea ſocietatis natura eſt, ut diligentiam quandam atque induſtriam ſociorum deſideret, quam ipſam etiam ſinguli in ſe ſuſcipere & tacite promittere videantur.

TITULUS XXVII.

D. lib. 17. tit. 1. C. lib. 4. tit. 35.

De Mandato.

Continuatio. Definitio mandati, ejusque per partes explicatio: & alia ſcitu inprimis neceſſaria.

SUPEREST contractuum, qui conſenſu obligationem pariunt, ſpecies quarta & poſtrema, mandatum videlicet. Mandatum (quod à manu, quæ fidei ſymbolum eſt, dictum putatur) eſt contractus, quo aliquid gratuito gerendum committitur & ſuſcipitur. Ajo *gerendum*; quoniam mandare non eſt quovis modo committere; ſed committere aliquid gerendum: quo admonemur, commendare aliquem non eſſe mandare, eumque, qui ſimpliciter amicum commendat, non obligari, etiamſi quid in eum propter commendationem iſtam collatum fuerit, *fac. l. ſi vero 12. §. cum quidam 12. hoc tit.* unde vulgo dicitur, verba aut ſcripta commendatitia non inducere obligationem mandati, *l. fideicommiſſa 11. §. 2. de legat. 3.* An & quatenus quis obligetur ex literis credentiæ vel commendatitiis, in favorem alterius ſcriptis, ſi earum contemplatione quid creditum ſit, *vid. Gomez. 2. var. reſol. 13 num. 5. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 34. n. 6. Gloſſ. & DD in l ſi literas, Cod. hoc tit. l. Lucius 24. de fidejuſſ. l. ſi vero 12 §. cum quidam 12. hoc tit.* Ajo *committitur & ſuſcipitur.* Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etſi enim mandatum verbi proprietate tantum deſignet factum mandantis; tamen pro toto contractu paſſim accipitur, & facto utriusque; veluti cum dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum eſſe oportere. obligationes, actiones mandati, &c. quod & in aliis appellationibus obſervatur, ut in ſtipulatione, acceptilatione, fidejuſſione. Cur dixerim *gratuito*, exponam *inf. ſub. §. ultim.* Suſcepto mandato ſtatim ex conſenſu naſcitur obligatio, & qui ſuſcepit, ſuſceptum conſummare. & viciſſim, qui mandavit, eum indemnem præſtare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa. Mandatario contraria, *paſſ. ff. & Cod. hoc tit.* Cum autem mandati obligatio conſenſu conſiſtat, conſequens eſt, poſſe & per nuntium & per epiſtolam mandatum contrahi; nec referre, quibus verbis interponatur, *rogo*, an *volo*, an *mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, *l. 1. pr. §. 1 & 2. eodem.* Quin interdum etiam tacite mandatum contrahi intelligitur, veluti ſi patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur, *l. 6 §. 2. l. qui patitur 18. eod.* Præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi: materia, effectus, contraria, accidentia, & affinia, dein ſequuntur.

TEXTUS.
Diviſio à fine.

Mandatum contrahitur quinque modis, ſive ſua tantum gratia aliquis tibi mandet, ſive ſua & tua, ſive aliena tantum, ſive ſua & aliena, ſive tua & aliena. At ſi tua tantum gratia tibi mandatum ſit, ſupervacuum eſt mandatum; & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio naſcitur.

NOTA.

MANDATUM CONTRAHITUR] Ex Cajo *l. 2. h. t.* Mandare eſt gratuito aliquid gerendum committere. *vide inf. in comm.*

COMMENTARIUS.

MAndatum varias recipit diviſiones. Nam aliud eſt expreſſum aliud tacitum, *l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod univerſa alicujus negotia continet, & ſpeciale, quod quædam, aut unum tantum. Illud vulgo ſubdividi ſolet in generale ſimplex, & cum libera. De quo nonnihil diximus ſub *§. nihil autem 42. ſup. de rer. diviſ.* Hoc etiam pro conditione negotiorum prout illa aut judicialia, aut extrajudicilia ſunt, diſtingui poteſt. Hic alia proponitur diviſio, ſumpta à fine, eaque quinquepartita, quod ſcilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantum gratia, vel mandantis & mandatarii, vel aliena tantum, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Gajum *l. 2. hoc tit.* Unde etiam ſequentes §§. deſcripti ſunt. In quibus ſingulæ iſtæ formæ exemplis illuſtrantur. Poterat hic addi & ſexta ſpecies, quando trium perſonarum gratia mandatum intervenit; mandantis, mandatarii, & aliena, cujus exempla in *l. 8. §. 3. & 4. eod.*

At ſi tua tantum gratia] Quod mandatum ſolius mandatarii gratia interponitur, forma tantum extrema mandatum eſt, revera conſilium potius, quam mandatum; & ideo vim obligandi non habet, vid. *inf. §. tua tantum 6.*

TEXTUS.
Si mandantis gratia mandetur.

1. *Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti ſi quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo ſponderes.*

COMMENTARIUS.

1. *An & quando valeat mandatum incertæ rei.*

EXempla primæ ſpeciei, ſeu ejus mandati, quod ſolius mandantis gratia intervenit, ex Gajo *d. l. 2. §. 1*

. 1. *hoc tit.* Apud Gajum pro eo, quod hic legitur, *ſponderes*, eſt *fidejuberes*: quod à Triboniano repoſi-
um exiſtimat Hotomannus, cum veteres *ſpondere*
ixerint, pro *fidejubere*; quaſi apud Gajum & alios
jusdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non ſæpius
dejubere, quam *ſpondere*, invenias. Locus hic alioqui
lanus eſt. Enimvero occaſione exempli mandati de
indo emendo, quæritur an mandatum rei incertæ
aleat, puta ſi quis generaliter mandaverit ſibi emi
ervum aut equum; vel ſi quis mandaverit ſibi emi
indum aut domum ſine demonſtratione poſſeſſoris
oci, modi, aut magnitudinis. Et probandum, in prio-
s generis mandato non eſſe eam incertitudinem,
uæ mandatum vitiet; in poſteriore eſſe infinitam,
uæ non patitur mandatum valere, *arg. l. cum poſt*
. §. 4. de jur. dot. l. ita ſtipulatus 115. pr. de verb obl.
§ domus 71. pr. de legat. 1. add. quæ diſputamus ſub
ſi generaliter. 22. ſup. de legat. Plane ſi per relatio-
em aut analogiam de modo prædii conſtare poteſt,
ito mandatum conſiſtere; veluti ſi mandavi do-
um emendam habitationi meæ; vel agrum unde
umentum annuum victui meo ſuppetat. Illud con-
it, non obeſſe mandato, quod pretium rei emen-
e ſtatutum non eſt: intelligitur enim, judicio man-
atarii id relictum eſſe ſecundum æſtimationem
mmunem, *l. 3. §. 1. hoc tit. D. Tulden. comm hic*
p. 2.

TEXTUS.

Si mandantis & mandatarii.

2. Tua gratia & mandantis; veluti ſi andet tibi, ut pecuniam ſub uſuris crede-s ei; qui in rem ipſius mutuaretur: aut volente te agere cum eo ex fidejuſſoria uſa mandet tibi, ut cum reo agas pericu- mandantis; vel ut ipſius periculo ſtipu-ris ab eo, quem tibi deleget in id, quod bi debuerat.

NOTÆ.

Ex fidejussoria causa] Nam jure veteri fide-
ſor ante reum principalem conveniri potuit, *l. 5.*
de fidejuſſ. quod mutatum *Nov. 4.* Commodum
creditoris mandatarii in eo, quod judicium cum
inſtituitur periculo mandantis, cum abſque man-
o foret, ut electione rei fidejuſſor liberetur, *l. ult. C.*
idejuſſ. ubi demum id jus abrogatur. Exemplum
eſt in *l. 22. §. 2 l. 45. §. ult. h. t.*
Quem tibi deleget] Hoc mandatum in
rem mandantis interponitur, quia bonum nomen fa-
cit creditor, qui delegatum admittit, propter nova-
tionem, *l. 26. §. 2. eod.* & in rem mandatarii, quia novus
debitor ita ſubſtituitur, ut nihilominus ex mandato
agi poſſit in id, quod minus ab illo ſervari potuit, *d. l.*
22. §. 2. d. l. 45. §. pen.

COMMENTARIUS.

Secundæ ſpeciei, ſeu mandati, quod in rem man-
dantis fit & ſimul mandatarii, tria exempla hic
proferuntur. Primum eſt, ſi mandem alicui, ut ſub
uſuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilita-
tem meam mutuaturus ſit. Hic manifeſtum eſt ver-
ſari mandantis commodum, & propter lucrum uſu-
rarum etiam mandatarii: habet hoc exemplum &
Gajus in *l. 2. §. tua & mea 4. hoc tit.* Alterum ex-
emplum eſt, ſi fidejuſſor, metuens ne ex cauſa fide-
juſſoria conveniatur, mandet creditori, ut cum reo
potius agat ſuo mandantis periculo. Commodum
hic fidejuſſoris mandantis in eo, quod judicio libe-
ratur, cum alioqui agi cum eo ex cauſa fidejuſſionis
potuiſſet, reo principali neglecto: ſiquidem jure ve-
teri fidejuſſor ante reum principalem conveniri po-
tuit, *l. 5. C. de fidejuſſ.* de quo alio loco dictum eſt.
Commodum creditoris mandatarii in hoc, quod ju-
dicium inſtituitur periculo mandantis, cum quo po-
ſtea mandati agi poteſt in id, quod à reo ſervatum
non erit: cum abſque mandato foret, ut electione
rei fidejuſſor liberetur ſecundum tenorem juris anti-
qui, *l. ult. C. de fidejuſſ.* ubi demum id jus ab Impera-
tore abrogatur: quod vix unus & alter animadver-
tit. Tertium exemplum eſt, ſi is, qui centum debebat,
cupiens ea obligatione liberari, rogavit creditorem,
ut ea centum ſuo mandantis periculo ſtipularetur à
Titio, quem in hoc creditori deleget. Hoc etiam
mandatum in rem utriusque interponi intelligitur:
in rem debitoris mandantis; quia ea delegatione fit
novatio, atque ex priore cauſa debitor liberatur: in
rem creditoris mandatarii, quoniam novus debitor
ita ſubſtituitur, ut nihilominus ex ſequenti mandato
cum priore agi poſſit in id, quod minus ab illo ſer-
vari potuit. Duo poſteriora exempla ſunt etiam a-
pud Paulum *l. ſi mandavero 22. §. 2. l. ſi mandati 45.*
§. pen. & ult. hoc tit.

TEXTUS.

Si aliena.

3. Aliena tantum cauſa intervenit mandatum; veluti ſi tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes.

NOTÆ

NOTÆ.

3. ALIENA TANTUM CAUSA] Particula taxativa *tantum* & apud Cajum bis expreſſa eſt *d. l. 2. pr. & §. 2. eamque* & Th. agnoſcit, ut mirum ſit Hotomannum & Pac. cenſere delendam, vel ideo, quod eam Cajus non habet.

UT TITII NEGOTIA GERERES &c.] In his exemplis etſi ab initio nihil intereſt mandatoris, tamen ex poſt facto ut interſit, fieri poteſt; nempe cum ex geſtu tuo mandator Titio obligari cœpit nomine negotiorum geſtorum *l. 28. de neg. geſt.* Non obſtat igitur *l. 8. §. 6. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Adverſus ſpeciem hic propoſitam quæ difficultates moveantur.*
2. *Earum difficultatum remotio.*

AFferuntur hic ex Cajo *l. 2. §. 2. hoc tit.* exempla tertiæ ſpeciei, ſeu mandati aliena tantum gratia
1 interpoſiti : quæ ſpecies difficultate non caret. Etenim explorati juris eſt, nemini actionem competere, niſi ei, cujus interſit, *l. qui fundum 32. locat. §. alteri. 18. ſup. de inut. ſtip.* quod & nominatim in cauſa mandati cautum, *l. 8. §. mandati 8. hoc tit.* ubi Ulpian. ſic ſcribit; *Mandati actio tunc competit, cum cœpit intereſſe ejus, qui mandavit: cæterum ſi nihil intereſt, ceſſat mandati actio : & eatenus competit, quatenus intereſt.* Atqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ ſunt exempla hujus §. nihil intereſt mandantis : utique ſi Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, duntaxat conſideretur : quo ſenſu alibi dicitur, nil intereſſe mea, Titio dari, *d. §. alteri, l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* Eo omnino fatendum eſt, eum, qui mandavit, actionem man-
2 dati non habere, niſi ipſius interſit. Sed reſpondemus, illud mandatum dici aliena tantum gratia intervenire, quod ut fiat, ſtatim & ab initio nihil intereſt mandatoris : neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris interſit, quo tempore mandatum interponitur, ſed ſufficit quandocunque ex poſtfacto incipere intereſſe. Ut ecce, poſſum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil intereſt, ut Titii negotia geras; & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea intereſſe cœperit, id eſt, cum ex geſtu tuo Titio obligari cœpero nomine negotiorum, *l. ſi quis 28. de neg. geſt.* Mandavi tibi ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non intereſſet Titio credi; ſi non credideris, concedo nullam mihi tecum eſſe actionem mandati. At ſi tu mandatum meum ſecutus (neque enim neceſſe eſt te explorare, utrum mea interſit, necne) pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque viciſſim mihi teneberis directa, ſi nõ ex bona fide omnia geſſiſti, *l. 6 § ſi tibi. 4. hoc tit.* Quod verò apud Ulpian. *d. l. 6. § plane 5.* traditur, etſi mea non interfuit, quod tibi mandavi, tua tantum interfuit, mandati tamen actionem eſſe, ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſem, & contraria mandati actione intelligendum eſt, quæ quibusdam caſibus competit, etiam ubi nulla directa eſt, ut in ſpecie *l. ſi hæreditatem 32. in pr. eod.* Hæc mihi expeditiora videntur, quam illa aliorum quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum eſt commodum & intereſſe mandantis; dici autem, aliena tantum gratia id interponi, non quia in propoſito non ſimul interveniat cauſa mandantis, ſed quia cauſa aliena hic principalis; vel ut alii, quia perſona aliena duntaxat mandato comprehenſa eſt : quam interpretationem vix admittit *d. l. 6. §. 4.* & reſpuere videtur particula taxativa tantum, quæ bis etiam apud Cajum expreſſa eſt *d. l. 2. pr. & §. 2.* ut mirer, Hotomannum & Pacium cenſuiſſe delendam vel ideo, quod eam Gajus non habet.

TEXTUS.

Si mandantis & aliena.

4. *Sua & aliena, veluti ſi de communibus ſuis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut ſibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio ſponderes.*

COMMENTARIUS.

EXempla ſpeciei quartæ item ex Cajo *d. l. 2. §. 3. hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget

TEXTUS.

Si mandatarii & aliena.

5. *Tua & aliena, veluti ſi tibi mandet, ut Titio ſub uſuris crederes; quia ſi ſine uſuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.*

COMMENTARIUS.

EXemplum ſpeciei quintæ, ſive mandati interpoſiti in rem mandatarii & alienam, quod ipſum apud Cajum eſt *d. l. 2. §. 5. h. t.* Mandatarii hic intereſt propter quæſtum uſurarum: alieni, propter uſum pecuniæ. Incidit autem hæc ſpecies in eandem dubitatio-

tionem, quam habet tertia ſuperius propoſita §. *aliena* 3. ubi dubitationem ſuſtuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hic reſpondeatur.

TEXTUS.

Si mandatarii.

6. Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti ſi tibi mandet, ut pecunias tuas, in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel, ex diverſo, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis conſilium, quam mandatum eſt, & ob id non eſt obligatorium; quia nemo ex conſilio mandati obligatur, etiamſi non expediat ei, cui mandabatur, cum liberum cuique ſit, apud ſe explorare, an ſibi expediat conſilium. Itaque ſi otioſam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emiſſe, vel crediſſe, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita ſunt, ut quæſitum ſit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini ſententia, obligatorium eſſe in hoc caſu mandatum: quia non aliter Titio credidiſſes, quam ſi tibi mandatum eſſet.

NOTÆ.

SI OTIOSAM PECUNIAM] Id eſt, ſterilem, *l. 7. de uſur.* ſeu vacuam, *l. 28. depoſ. l. 24. de præſcr. verb.* quæ domino nullum fructum affert, *l. 13. §. 1. de uſur.*

UT PECUNIAM TITIO FOENERARES] Cum demonſtratur perſona, mandatum eſt, cum indefinite mandatur, conſilium, ut & Placentino videtur.

COMMENTARIUS.

1. *Mandatum quid differat à conſilio.*
2. *Interdum mandatum ſolius mandatarii gratia interpoſitum conſilii fines excedere.*
3. *Neminem ex conſilio ſi fraus abſit, teneri.*
4. *Applicatio l. 6. §. 5. hoc tit.*
5. *Si quis alicui ſuaſerit, ut pecuniam certæ perſonæ credat, tale conſilium inſtar mandati haberi.*
6. *Tollitur difficultas, quæ ex verbis Juſtiniani oritur.*

QUod mandatum ſolius mandatarii gratia fit, magis conſilium, quam mandatum eſt. Differt enim mandatum à conſilio. Mandatum pars quædam voluntatis eſt, ut quid fiat: conſilium non eſt. Qui mandat, vult & urget, ut fiat, quod mandatum eſt. Qui dat conſilium, conſultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. *Chryſoſtom. de virgin.* ὁ μὲν συμβουλεύων ἀφίησι τὸν ἀκούοντα κύριον εἶναι τῆς τῶν πραγμάτων αἱρέσεως, ὑπὲρ ὧν πεποίηται τὴν συμβουλήν. Proinde cum in ſpecie propoſita mandatoris nihil interſit, aut intereſſe poſſit, utrum alter mandatum ejus ſequatur, necne, conſuli potius, quam mandari videtur negotium, quod eum tantum, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera ſpecies mandati non eſt, ſed conſilii, cujus nulla eſt obligatio, *hoc text. l. 2. pr. & §. ult. eod. l. 6. §. plane 5. l. Quintus 48. §. ult. eod.* Plane 1
poteſt mandatum ſolius mandatarii cauſa interpoſitum tale eſſe, ut excedat terminos ſimplicis conſilii; & tunc etiam obligatorium eſt. Exemplum habemus apud Julianum *l. ſi hæreditatem 32. pr. eod.* Mandavit mihi aliquis, ut hæreditatem adirem, cavitque inſuper damnum præſtari, cum aliter aditurus non eſſem: ſi adierim, & damnum ſenſero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejuſdem generis exempla fingi poſſunt. 2

Quia nemo ex conſilio mandati obligatur] Ex conſilio dato neminem obligari placet, etiamſi id conſilium non expediat ei, cui datum eſt; cum liberum ſit unicuique, apud ſe explorare, an expediat, nec ne, ſibi, conſilium ſequi, *d. l. 2. §. ult.* Cæterum 3
hoc ita, ſi à conſilio abſit dolus: nam ſi dolus & calliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui conſilium fraudulentum, quo alteri nocitum eſt, dedit, *L. conſilio 47. de reg. Jur. fac. l. 8. l. ſi legatarius 23. l. cum quis 31. de dol. l. 2. de proxen.* Ut enim ex conſilio nemo obligetur ad hoc, ut præſtet eventum; fidem tamen præſtare debet, &, ſi fraudem adhibuerit, minime excuſandus eſt. Bene Cicero *lib. 16. ad Atticum epiſt. 8. Qui conſilium dat*, inquit, *fidem præſtare tenetur:* ſed fidem tantum. Nam ut idem alibi. *Si fraus abſit, ex conſilio nemo tenetur, & qui conſulit, præter fidem nihil præſtat.* Cui ſimile eſt illud Ulpiani, *conſilii non fraudulenti nulla eſt obligatio, l. 47. de reg. jur.* Itaque ſumma ratione a-

pud Dionem *lib. 52.* Agrippa monet Auguſtum, ne iis, à quibus conſilium petiiſſet, crimini duceret, ſi forte res ſecus, quam illi exiſtimaſſent, caderet, his ſcie verbis : Τοὺς δ' ἁμαρτόντας μὴ ἀτιμάσῃς ποτὲ μετ' αἰτίας· τὴν γὰρ διάνοιαν αὐτῶν δεῖ σκοπεῖν, ἀλλ' οὐκ εὐτυχίαν μέμφεσθαι.

Otioſam pecuniam] Otioſa pecunia à prudentibus dicitur pecunia ſterilis, *l. 7. l. 13. §. 1. de uſur.* quæ in arca jacet, nullumque domino ſuo fructum affert : cui opponitur occupata id eſt, pecunia fœnebris, quæ uſuras parit, ἔνεργα χρήματα. *Demoſth. adverſ. Aphob.*

Hortatus fuerit, ut rem aliquam emeres, &c] Quid ergo, ſi empturus aut pecuniam fœneraturus non fuiſſes, niſi ego mandaſſem ? Ne ſic quidem puto eſſe tibi mecum in propoſito actionem mandati, quamvis refragari videatur, quod Ulpian. *l. 6. §. plane 5. hoc tit.* ſcribit, mandati actionem eſſe, ſi quid feceris mandato meo, quod alias facturus non eras, etſi mea non interfuit. Nam ſi iſtud tam late interpretamur, quam verba patiuntur : nemo fere erit, qui non obligetur ex conſilio; cum ſemper is, cui conſilium datum eſt, dicturus ſit ſe, quod facit, facturum alias non fuiſſe. Itaque Ulpiani reſponſo accommodanda ſunt exempla, non ſimplicis conſilii, ſed mandati, quale eſt in *l. ſi hæreditatem 32. hoc tit. & ſimil.*

Ut pecuniam Titio fœnerares] Aliud eſt, verbis generalibus quid conſulere aut ſuadere alicui, puta verbi cauſa, ut pecuniam fœneret ſimpliciter; aliud cum deſignatione certæ perſonæ, veluti ut pecuniam credat aut fœneret Titio. Prius meri conſilii eſt, quoniam hic res tota arbitrio conſultoris relinquitur, id eſt, illud etiam, cui pecuniam credat; & ob id, ſi minus idoneo crediderit, de ſe queri, ſibique hoc imputare debet; conſiliarius autem, ſi fraus non interceſſit, ex-
4 cuſandus. Poſterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem ſuam pro perſona deſignata interponere videtur, tu qui credis, fidem illius ſequi, aliter non crediturus. Itaque ſi cum Titius verbi gratia, pecuniam mutuam à me peteret, aut pro alio petente fidem ſuam offerret, nollem autem aut debitorem eum habere aut fidejuſſorem, quod ſuſpectæ mihi eſſent facultates ejus, tu conſuluiſti, & hortatus es, ut facerem, idoneum eum eſſe affirmans; hoc conſilium tuum inſtar mandati eſt, atque ex eo, ſi quid ſecus mihi evenerit, teneri te eſt æquiſſimum, propterea quod tuam hortantis & ſuadentis fidem ſecutus ſum omnino teque ſuaſore & impulſore feci, quod alias nunquam feciſſem : quamvis ut facerem tua non interfuit. Ait Juſtinianus, quæſitum eſſe, *an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam*
5 *Titio fœnerares.* At hoc veri mandati exemplum eſt, ejus ſcilicet, quod mandatarii & ſimul aliena gratia interponitur: idem enim valet, ſi mandem tibi, ut pecuniam ſub uſuris Titio credas, ſive ut fœneres : quod mandatum certo jure obligatorium eſt : neque de eo unquam dubitatum videtur, non magis quam de eo, quod aliena tantum cauſa intercedit, veluti ſi tibi mandem, ut pecuniam Titio credas ſine uſuris, *§. præc. junct. §. 3. ſup. eod. l. 2. §. 2. & pen. eod.* Quamobrem ſuſpicor, Juſtinianum abuſum verbo mandandi pro conſulendi aut hortandi, quo paulo ante uſus eſt, dubitatumque an mandati teneatur non qui ultro & ſponte ſua alteri forte nihil tale cogitanti mandat, ut pecuniam certæ perſonæ credat, ſed qui aditus & rogatus tale conſilium dedit, hortatusque conſultorem eſt, ut faceret, citra animum ſe obligandi; ut ratio juris videatur denegare actionem, quam tamen ex bono & æquo dandam ſecundum Sabini ſententiam placuerit. Plane, qui ſimpliciter affirmavit, idoneum eſſe eum, cui pecunia mutuo dabatur, non interveniente mandato aut conſilio de credendo, mandati non tenetur, *l. 2. de proxenet. l. 7. §. ult. de dol. & ibi Coſtal. Gom. 2. reſol. 13. n. 5.*

TEXTUS.

De mandato contra bonos mores.

7. *Illud quoque mandatum non eſt obligatorium, quod contra bonos mores eſt : veluti ſi Titius de furto aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi : licet enim pœnam iſtius facti nomine præſtiteris, non tamen ullam habes adverſus Titium actionem.*

COMMENTARIUS.

1. *Mandati rei inhoneſtæ nullam eſſe actionem, quamvis nihil flagitioſi habeat.*
2. *Ex delicto tam mandantem, imo & conſilium dantem obligari, quam mandatarium.*
3. *An qui mandavit hominem vulnerari, ſi occiſus ſit, teneatur pœna homicidii, remiſſive.*

Materia ſeu objectum mandati ſunt res licitæ & honeſtæ : turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in univerſum ex ullo contractu obligatio eſt, *l. 6. §. 3. hoc tit l. nec prætermittendum 57. pro ſoc. l. generaliter 26. cum ſeq. l. ſi flagitii 123. de verb. obl.* Itaque ſi quis ædem ſacram ſpoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum faciendum, &c. ſuſcepit, neque pœnam, in quam propter flagitium, neque impenſas, in quas propter vulnus condemnatus eſt, in ſumma nihil man-

mandati judicio conſequi poteſt, propter turpitudinem mandati, & quia proprii delicti pœnam præ-
1 ſtat, *l. ſi mandaverit 22. §. qui adem. 6. h. t.* Sed & ſi nihil flagitioſi mandetur, ſi tamen alias quod mandatur, inhoneſtum ſit, nulla ex eo mandati actio eſt; veluti ſi adoleſcens luxurioſus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, & tu ſciens mandatum ſuſceperis, non habebis mandati actionem. Idemque obtinet, ſi mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, quia ſimile eſt ac ſi perdituro credideris, & adverſus bonam fidem. *l. 12. ſi adoleſcens 11. eod. l. 8.*
2 *pro empt.* Plane, ſi Titius tuo mandatu aliquem occidit, aut vulneravit, aut contumelia affecit, etſi hic nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, uterque tamen obligamini ex delicto: neque te, qui mandaſti, excuſat, quod Titius facinus perpetravit; neque Titium, quod tu mandaveris. Quin nec ipſis ſervis, qui mandatu dominorum deliquerunt, in atrocioribus ignoſcitur, *l. 11. §. an ignoſcitur. 7. quod vi aut clam. l. ſervus 20. de obl. & act. l. ad ea. 157. de reg. jur.* atque hoc in tantum procedit, ut tu parem cum Titio pœnam ſuſtineas, *arg. l. nihil intereſt §. 1. ad leg. Corn. de ſicar. l. 11. §. 3. de injur. l. 5. C. de accuſ. l. pen. C. ſi reus vel accuſ. mort. add Clar. lib. 5. §. fin. qu. 89. & ibi citat. cum citatis apud Bapt. Bajard. in annot.* Sed & conſilium quoque in delictis eàdem pœna puniri, qua mandatum, communis ſententia eſt; utique ſi datum ſit ei, qui alioqui nihil commiſiſſet, *Clar. d. §. fin. q. 89. Covarr. in Clem. ſi furioſus p. 2. de homicid. Menoch. arb. jud. caſ. 351.* Quæritur, an is qui mandavit hominem vulnerari
3 tantum, ſi mandatarius eum occiderit, pœna homicidii teneatur, vid. *Clar. d. qu. 89. num. 5. Menoch. arb. jud. caſ. 352. num. 2. Covarr. in d. Clement. p. 2. §. 1. n. 3. Faildin. 1. cont 36. Chriſtin. vol. 3. dec. 49.* ubi refert negantium ſententiam in judicio contradictorio probatam Senatui Mechlinienſium, qui mandatum tale pœna extraordinaria punivetit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam ſolum & ſimplex mandatum, hoc eſt, etſi non ſequatur effectus, aut ad aliquem actum deventum ſit, pœna arbitraria coercendum eſſe. *Covarr. d. Clement. princ. p. 2. n. 9. verſ. ſexto. Menoch. arb. jud. caſ. 352. n. 6.* Hæc obiter indicavi: neque enim hujus loci eſt, ea tractare latius.

TEXTUS.

De Executione mandati.

8. Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, ſi quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino & Caſſio placuerit, etiamſi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diverſæ ſcholæ auctores recte usque ad centum aureos acturum exiſtimant: quæ ſententia ſane benignior eſt. Quod ſi minoris emeris, habebis ſcilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut ſibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandaſſe intelligitur, ut minoris, ſi poſſit, emeretur.

COMMENTARIUS.

1. Fines mandati qui exceſſit, actionem mandati non habere: quod exemplis illuſtratur.
2. An legati, aliive, qui mandatum à populo, &c. acceperunt, præciſe quod mandatum eſt, ſemper ſequi teneantur.
3. Quis color Sabini & Caſſii ſententiæ hic relatæ prætexatur.
4 Contrariam Nervæ & Proculi merito prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.
5. Licet res tanti valeat, quanti empta eſt, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impendit, contrario judicio conſequi non poſſe.
6. Occurritur argumentis auctorum contrariæ ſententiæ.

LOcus inſignis de executione mandati. Manda- 1
tarius ad præſcriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediatur, aliudve faciat, quam quod ei mandatum eſt: alioqui tanquam non impleto mandato repetitionem impenſarum contrario judicio non habebit, quamvis ipſe directo teneatur, *l. poteſt 41. h. t.* Ut ecce, mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeres: ſi tu Titianam emeris, quamvis forte majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris impleſſe mandatum, *l. 5. §. 2. eod.* Item ſi mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuq; cum no-

naginta vendideris, egreſſus es mandatum: & ideo ſi fundum petam, non obſtabit mihi exceptio, niſi & reliquum mihi, quod deeſt, mandatu meo præſtes, & indemnem me per omnia conſerves, *d. l. 5. §. 5.* Similiter ſi tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberes, tuque pure fidejuſſeris & ſolveris, interim non erit, tibi mecum actio mandati, quia mandatum exceſſiſti, *l. ſi mandavero 22. eod.* Idque eſt quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati cuſtodiendos eſſe: cum enim, qui exceſſit, aliud quid feciſſe videri, *d. l. 5. in pr.* Plane in finibus mandati conſtituiſſe videtur, qui fecit æquipollens, τὸ ἰσοδυνάμον, veluti ſi rogatus fidejubere pro Titio apud Mævium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet, *§. ult. eod.* Hic introduci poteſt quæſtio agitata in Philo-
1 ſophia, an legatus aliusve, qui mandatum à populo, principe aut duce exercitus accepit, præciſe id omne & ſolum, quod mandatum eſt, facere teneatur; an nonnunquam quædam etiam præter & contra mandatum, ſi videlicet ea aut videat, aut ſperet ei, qui mandavit, utiliora fore: quam quæſtionem problematice tractat Agellius *1. noct. Attic. 13.* Nobis in iſta excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de cuſtodiendis mandati finibus, vel maxime locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque diſſolvi officium imperantis, ſi quis ad id quod facere juſſus eſt, non obſequio debito, ſed conſilio non deſiderato reſpondeat, ut ait *Agell. d. loc.* Cæterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumſtantiarum, puta vel temporis, ne dum nova & longinqua mandata expectantur, occaſio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur; vel certitudinis ſucceſſus: quo utroque nomine excuſari poteſt factum Phœbidæ Lacedæmonii, qui miſſus in Olynthios injuſſu reipub. arcem Cadmeam occupavit, conſilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Ageſilaum defenſorem habuit, *Xenoph. lib. 5. hiſt. Græc.* forte & ingenium ejus qui imperavit conſiderandum, facilisne ſit & placidus, an Manlius aliquis, aut Poſthumius: an ſi tali præceptori ratio reddenda ſit, nihil faciendum monetem aliter, quam præceptum eſt. Illud Cæſaris eſt; *Alia ſunt legati partes, alia Imperatoris. Alter agere ad præſcriptum, alter libere ad ſummam rerum conſulere debet. Cæſ. comment. 3.* Sed de hoc fuſius ſcriptores politici. *vid. Beſold. de legat. cap. ultim & ibi citat. & καὶ, καὶ, Giſan. in præfat. comm. de Imp. Juſt.*

Adeo quidem ut Sabino & Caſſio, &c.] Poſito generaliter recepto hoc jure, eum, qui aliud facit, quam quod mandatum eſt, non videri implere mandatum quæri cœpit, quando idem aut aliud factum eſſe videretur ut hinc judicari poſſit de actione mandati. Conſiſtit autem dubitatio fere in hac ſpecie, ſi quis cum ei mandatum eſſet, ut ad certum uſque pretium fundum emeret, vel ad certam ſummam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris, vel pro Titio ſpoponderit, ſed in majorem ſummam. Et Sabino & Caſſio placebat nul-
lam hoc caſu mandatario actionem mandati eſſe, 3
etiamſi ad ſummam mandato comprehenſam tantum agere velit, paratus id quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quam quod mandatum erat: quanquam & alio argumento utebantur; quod iniquum eſſe dicebant, uni dari actionem, alteri denegari: id autem in caſu propoſito contingere, ſi mandatum egreſſo actionem damus adverſus mandantem: mandanti enim cum illo actionem non eſſe, *l. 3. in fin. hoc tit.* Sed Nervæ & Proculo contra viſum eſt, in hujuſmo-
di ſpecie ſaltem ad ſummam mandato expreſſam 4
mandatarium recte agere, quaſi hactenus non aliud, ſed quod rogatus eſt, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque eſt centum emiſſe; cum utique majori ſummæ ſemper inſit & minor, *l. 1. §. ſi ſtipulanti 4. de verb. obl.* Itaque cenſuerunt, in hypotheſi propoſita centum juxta mandatum impenſa, atque hactenus actionem mandatario recte dari: quod amplius eſt, quia extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum: quæ ſententia merito recepta eſt, *d. l. 3 § ult. junct. l. 4. l. rogatus 33. h. t.* Nec video, quid in contrarium valeat alterum Sabini & Caſſii argumentum obſcuriuſcule à Paulo propoſitum *d. l. 3. in fin.* Nam ſi hæc eorum mens fuit, non eſſe mandati actionem cum eo, qui mandatum exceſſit; & ideo nec eſſe debere cum illo, aperte falſum aſſumunt. Nam pro certo jure traditum eſt, ei, qui mandavit, competere judicium mandati adverſus eum, qui mandatum egreſſus eſt, licet huic non competat adverſus illum, *l. poteſt. 41. eod.* Sed opinor, hoc eos ſenſiſſe, cum tu pluris fundum emiſti, quam ego mandaveram, puta centum & viginti aureis, cum de centum tantum mandaſſem, ſi ego in hujuſmodi ſpecie non recte mandati tecum ago, ut mihi fundum tradas, quantumvis parato mihi refundere pretium mandato comprehenſum, id eſt, centum aureos; viciſſim æquum non eſſe, ut tibi contrario judicio mecum experiri liceat, ut fundum ſtatuto pretio recipiam, quamvis tu paratus ſis reliquum remittere. Cæterum in hac argumentatione manifeſte vitioſa eſt illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego teneat fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit; qui etiam reliquo remiſſo mihi gratificatur. At iniquum eſt, teneri procuratorem, fundum, quem emit cen-
tum

tum & viginti, mihi tradere centum duntaxat reſtituturo, ad quam usque ſummam ut emeret, tantum mandaveram. In hac eadem ſpecie de mandatatio
5 quæſitum eſt, non ab auctoribus juris, ſed ab interpretibus, an ſi fundus tanti valeat, quanti emptus eſt, non poſſit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa, contrario judicio repetere, non quidem mandati, ſed negotiorum geſtorum, tanquam extra mandatum utiliter impenſa in rem & contemplatione mandantis. Viſum id olim Martino fuit & Joan. Fabr. ex recentioribus Barori. Mynſ. & Bronch. *1. miſcell. 66. arg. l. 2. & l. qua utiliter 45. de neg. geſt.* Sed rectius id mihi negare videntur Joan. Bulg. & Accurſius; quoniam actio negotiorum geſtorum competere non poteſt ei, qui geſſit invito domino, *l. ult. C. de neg. geſt.* Id autem fit in ſpecie propoſita: nam qui fines mandati excedit, is, quatenus excedit, facit contra id, quod præſcriptum eſt, & tantum non contra expreſſam prohibitionem mandantis: quippe eo ipſo quod quis mandat rem ſibi emi centum, prohibere intelligitur pluris ſibi emi; quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, *l. liberto 31. §. libertos 4. de neg. geſt.* Et vero ſi mandatorem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus, manifeſta ei fieri injuria aperieturque feneſtra improbis hominibus calliде excedendi fines mandati. Utiq; mea nihil refert, utrum quis actione mandati, an negotiorum geſtorum experiri queat. An ergo credimus, J. C. *in d. l. 4.* aut Juſtinianum, hoc loco actionem mandati usque ad ſtatutum pretium duntaxat, idque ex humanitate ſecundum Proculi ſententiam concedentes, in verbis ludere, atque in reliquum adhuc concedi voluiſſe actionem negotiorum geſtorum? Aut Sabinum & Caſſium, in totum denegantes actionem mandati, admiſiſſe tamen actionem negotiorum geſtorum? Argumentis auctorum contrariæ ſententiæ facile occurri poteſt. Prætexitur æquitas, ſed nullo colore. Nam mandatarius aut ſuo nomine pluris
6 emit; & certum eſt, eum, quatenus definitum pretium exceſſit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris: & hic non poteſt quidem mandator ultro conveniri, ut reſtituat totum, quod impenſum eſt: cæterum ſi ipſe cum mandatario agat, ut res tradatur, defenditur mandatarius exceptione, niſi totum, quod erogavit, reſtituatur. Quod ſi facta ſit traditio? Et ſiquidem mandatarius rem tradens pretium pro ea datum indicavit, mandator hoc ipſo, quod rem recipit, ratam habere emptionem videtur; quod perinde eſt, ac ſi, ut tanti emeretur, ab initio mandaſſet, per *l. 12. in fin. de ſolut. l. ſemper 60. de reg. jur. cap. ratihabitionem 10. eod. in 6.* Si vero pretium non indicavit, tenetur mandator, ubi reſciverit, emptionem probare aut improbare, ea probata totum pretium reſtituere, improbata rem ipſam. Ita ferme *Angel. & Sylveſt. hic*, citato Saliceto, ad eundem modum diſtinguente *in l. 3. h. t.*

Quod ſi minoris emerit, &c.] Qui rem aliquam minoris emit, quam ex mandato pluris emere poterat, non aliud facit, ſed illud ipſum, quod ei mandatum eſt: nec ideo mandati fines exceſſiſſe videri poteſt, ὅτι ἄμεινον τετύχηκε. Nam qui certa ſumma rem ſibi emi mandat, etiam minoris, ſi poſſit, eam ſibi emi mandaſſe intelligitur. Itaque dubium nunquam fuit, quin hic ad eam ſummam, quæ impenſa eſt, mandatarius actionem habeat, *l. 5. §. ult. hoc tit.* Non idem intelligi debet, ſi quis mandaverit certo pretio rem ſuam vendi, eaque minoris vendita ſit, *d. l. 5 §. 3. l. cum mandati 12. C. eod.* Idem dicendum eſſet, ſi pluris vendidiſſet: quippe multum refert cauſa mandantis melior fiat, an deterior, *l. 3. pr. d. l. 5. §. ult. eod.*

TEXTUS.

De revocatione mandati.

9. Recte quoque mandatum contractum, ſi, dum adhuc integra res ſit, revocatum fuerit, evaneſcit.

COMMENTARIUS.

1. Quod mandatum revocatione mandantis ſolvatur, contra communes regulas receptum eſſe: & quare.

MAndatum itidem ut ſocietas, non tantum ſolvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus tit. hujus lib. ſed etiam propriis quibusdam & remotis à communi lege diſſolvendarum obligationum: quos modos ideo Juſtinianus etiam hic tradere voluit, ſicut tit. præc. perſtrinxit modos finiendæ ſocietatis proprios Recenſentur autem hic modi quatuor, quibus proprio jure mandatum ſolvitur: duo, quibus ex perſona mandantis, revocatio & mors mandatoris; totidemque, quibus ex perſona mandatarii, mors hujus ipſius & renuntiatio.

Si, dum adhuc res integra, revocatum] Si re 1
adhuc integra conſenſu mutuo à mandato recedatur, ſolvitur mandatum jure communi *§. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* at ut ſola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum, *l. 12. §. pen. l. 15. h. t.* videtur eſſe præter regulam, traditam *in l. 5. C. de obl. & act.* neminem ab obligatione ſemel conſtituta adverſario non conſentiente recedere poſſe. Curi-

 gitur

gatur placet, mandatum hoc modo ſolvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc ut quod ſemel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod ſua cauſa ſuſceptum eſt, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quod queratur mandatarius, cujus nihil intereſt, ſi re adhuc integra revocatio facta ſit. Quid ergo ſi facta ſit poſtquam res integra eſſe deſiit, id eſt, poſtquam jam mandatario per cauſam mandati quid abeſſe cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut, quod poſt à mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegeſto, aut geſto antequam ſciret, mandatorem revocaſſe, actionem mandati habet, ut conſequatur, quod ei propter mandatum abeſt, ne damno afficiatur, per *l. 15. l. inter 26. pr. hoc tit.* Illud etiam notandum eſt, revocationem mandati non tantum expreſſe fieri ſed interdum etiam tacite factam intelligi, ut in ſpecie *l. pen. de reb. cred. & §. ſeq. in fin.*

TEXTUS.

De morte.

10. Item ſi adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id eſt, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum ſuſceperit, ſolvitur mandatum. Sed utilitatis cauſa receptum eſt, ſi eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum deceſſiſſe, executus fueris mandatum, poſſe te agere mandati actione: alioqui juſta & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic ſimile eſt, quod placuit, ſi debitores manumiſſo diſpenſatore Titii, per ignorantiam liberto ſolverint, liberari eos: cum alioqui ſtricta juris ratione non poſſent liberari: quia alii ſolviſſent, quam cui ſolvere debuerint.

NOTA.

Liberari eos] Nam ſtricta quidem ratione, ſed tamen ratione ſumma, διὰ τὸ φιλάγαθον, id eſt, *propter utilitatem*, ſeu ex æquo & bono, *d. l. pen. de reb. cred. l. 11. in fin. depoſ. l. 18. l. 51. de ſolut.*

COMMENTARIUS.

1. Proprium quoque mandati eſſe, quod morte & tam mandantis, quam mandatarii extinguatur: & cur id viſum.

2. An eo etiam caſu mandatum finiatur morte mandatoris, cum mandavit quid fieri poſt mortem ſuam.

3. Quid ſibi velit, quod additur, ſi integro adhuc mandato mors intervenerit.

4. Interdum mandatario poſt mortem mandantis implenti mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus caſibus.

5. Caſus alius, & exemplum ſuperioribus ſimile.

Etiam morte, & tam mandantis, quam mandatarii mandatum extinguitur, *l. inter 26. & l. ſeq. §. 3. l. mandatum 57. & l. ſeq. hoc tit. l. 15. C. eod. l. ult. de ſolut.* Et hoc quoque utrumque contra communem regulam juris, qua placet hæredem in univerſum jus defuncti ſuccedere. Sed nimirum natura mandati tacite continetur, ut ne mandatum perſonam egrediatur aut mandantis aut mandatarii: non mandantis; quippe quem ſibi ſoli officioſum hanc operam ab amico præſtari, & cui ſoli, ut amico, in eo gratificari mandatarium voluiſſe putandum eſt: non mandatarii; quia induſtriæ & fidei certæ perſonæ in hoc electæ res commiſſa fuit: quæ ratio expreſſa eſt *in cap. ult. x. de off. de leg.* ſignificatur *in d. l. mandatum 57. hoc tit.* explicatur *in l. 9. de curat. fur. Cic. pro Roſc. Com. æd. Nemo enim mandat. niſi amico & fideli.* Itaque cum præſtatio officii in mandato, & ratione ejus, cui præſtatur, & ejus qui præſtat, tota perſonalis ſit, mirum videri non debet, mandati obligationem cum perſona eorum expirare, *l. 8. §. 3. de lib. legat.* Videamus prius de mandatore. Igitur ſi mandator integro adhuc mandato deceſſerit, dicimus, mandatum ſolvi, ut jam nec is, qui mandatum ſuſcepit, id mortuo mandatore implere teneatur, nec hæredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi, *d. l. inter 26. & arg. l. ſeq. §. 3. hoc tit.* Ex quo intelligimus, neque illum, ſi mortuo mandatore mandatum executus fuerit, ullam adverſus hæredes mandatoris actionem habere, neque ex diverſo, ſi executus non ſit, hæredes mandatoris agere poſſe, ut exequatur, aut id, quod eorum intereſt, præſtet. De illo quæritur, an mandatum morte mandatoris uſque adeo ſolvatur, ut idem probandum ſit, etiamſi nominatim mandaverit quid fieri poſt mortem ſuam. Et in eo hæc diſtinctio communiter probata eſt, ut hujuſcemodi mandatum poſt mortem mandatoris non finiatur, ſed omnino implendum ſit, ſi tale ſit, quod non niſi poſt mortem ejus impleri queat; veluti ſi cui funeris ſui curam mandaverit, aut ut poſt mortem ſuam ſibi monumentum fieret, aut hæredibus ſuis fundus emeretur, *l. 14. §. 2. de relig. l. 12. §. ult. & l. ſeq. hoc tit.* Sin autem quod mandavit, eo vivo im-

(the margin number 2 stands beside "cutus non ſit, hæredes mandatoris agere poſſe, ut ex-")

pleri

pleri potuit, mortuo eo mandatum extingui; veluti ſi juſſerit debitorem ſuum poſt mortem ſuum ſolvere Titio, *l. ult. de ſolut.* cujusmodi etiam cauſa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non obſtante mandato, integra ſervara intelligitur. Similiter ex converſo mandatum ſolvi placet, ſi mandatarius re adhuc integra deceſſerit: & ob id hæredes ejus non tenentur, quod ille ſuſcepit exequi; & licet ſponte executi fuerint, actionem tamen mandati non habent, *l. ſi quis 27. §. 3. l. mandatum 57. hoc tit.* Cur vero in utraque ſpecie additur, ſi re adhuc integra mors intervenerit? Non ſane quod poſtquam res integra eſſe deſiit, ſeu intereſſe cœpit, morte alterutrius interveniente mandatum non ſolvatur, & adhuc libere perfici poſſit, quod cœptum eſt: ſed quia obligatio mandati & actio ante mortem nata poſt mortem perſeverat, *l. inter 26. fac. d. l. mandatum 57. & l. ſeq. eod.* Ut ecce, actio mandati ſtatim competit, cum cœpit intereſſe, *l. 8. §. mandati 16. eod.* Et igitur ſive mandatarius deceſſerit, quo tempore jam intereſſe cœperat mandatoris, puta cum jam ille eandem rem per alium explicare non poterat, ſive deceſſerit mandator, cum res non amplius integra eſſet mandatario, quod forte jam ſumptus ad negotium exequendum neceſſarios feciſſet actio mandati ſemel alterutri quæſita neutrius morte intercidit, *dd. ll.*

Tu ignorans eum deceſſiſſe executus fueris] Etſi mandatum morte mandatoris extinguitur, & ideo ſecundum ſtricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem deceſſiſſe mandatum impleverit, agere mandati non poteſt: tamen utilitatis cauſa, ſed ex bono & æquo, placet impleto per ignorantiam mandato actionem ei dari, *l. inter 26. l. ſi præcedente 58. h. t.* quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris diſputare ut eleganter ait Ulpianus, *l. ſi fidejuſſor. 29. §. quædam 4. eod.* Atque hoc ipſum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta ſi mandatarius, quamvis non ignarus mortis mandatoris, errore juris perſuaſus id ſibi incumbere, mandatum impleverit, arg. ejus, quod de hæredibus mandatarii ſimili errore mandatum exequentibus Papinianus reſpondit *l. mandatum 57 eod.* nam & alias; cum de damno vitando agitur, error juris nocere non ſolet, *l. 7. & 8. de jur. & fact. ign.* Illud hic quæri poteſt, an ſi forte ad conſummationem mandati adhuc aliquid deſit, id recte abſolvatur vel à mandatario poſt mortem mandatoris ei cognitam, vel ab hæredibus mandatarii poſt mortem illius. In quo hæc diſtinctio probanda videtur, ut ſiquidem ea, quæ agenda ſuperſunt, cum prioribus connexa non ſint, tum non liceat, mandatario aut hæredibus ejus reliqua implere: ſin vero connexam cum negotio cœpto rationem habeant, tum illis liceat, imo incumbat, *arg. l. 5. §. ſi tutor. 5. l. tutorem 37. §. 1. de adm. tut. l. 13. de tut. & rat. diſtr. l. 3. §. pen. de contr. act. tut. l. 11. Cod. arbitr. tut.*

Alioqui juſta & probabilis ignorantia] Juſta & probabilis ignorantia nemini fraudi eſſe debet; atque in propoſito ne juris quidem, per *l. mandatum 57. hoc tit.* ubi ignoſcitur hæredibus mandatarii, iisque actio conceditur, qui errore lapſi, non animo furandi, ſed exequendi, quod defunctus ſuæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

Huic ſimile eſt] Quod dixit de mandato conſummato poſt mortem mandatoris per ignorantiam mandatarii, illud illuſtrat exemplo ſimili, nempe creditorum per ignorantiam ſolventium manumiſſo diſpenſatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet; quamvis ſtricta ratione juris non liberentur, cum alii ſolverint, quam cui oportebat, *l. 11. in fin. depoſ. l. penul. de reb. cred. l. ſi quis 18. l. diſpenſatori 51. de ſolut.* Quod ut intelligamus, tria hæc ſcire oportet. 1. diſpenſatorem dici ſervum pecuniis domini exigendis & adminiſtrandis præpoſitum, *d. l. pen. cred. de reb. d. l. 18. de ſolut.* 2. qui ſervum diſpenſatorem facit, eum intelligi ſuis debitoribus mandare, ut ei ſolvant, *fac. l. qui hominem 34. § 3. de ſolut.* 3. qui ſervum diſpenſatorem manumittit, tacite mandatum revocare. Eſt vero liberatio hæc communis omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum eſſe, procuratori quondam creditoris ſolvere, *l. 12. §. 2. d. l. 18. d. l. qui hominem 34. §. 3. de ſol.* 5

TEXTUS.

De renunciatione.

11. *Mandatum non ſuſcipere cuilibet liberum eſt: ſuſceptum autem conſummandum eſt, aut quam primum renuntiandum, ut per ſemetipſum, aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam niſi ita renuntietur, ut integra cauſa mandatori reſervetur, eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet; niſi juſta cauſa interceſſerit aut non renuntiandi, aut intempeſtive renuntiandi.* Donell. lib. 13. cap. 11. item lib. 1

COMMENTARIUS.

1. *Cur mandatum ſolvi placeat tempeſtiva renuntiatione: & quid ſi intempeſtive renuntiatio facta.*

2. Man-

2. *Mandatarium præter dolum etiam culpam præſtare, & qualem.*
3. *Iuſta cauſa interveniente excuſari mandatarium, licet non renuntiaverit, aut non tempeſtive.*

PRoponitur hic & explicatur ſecundus modus, quo ex perſona mandatarii mandatum finitur, nempe renuntiatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renuntiatione mandatarii
1 mandatum ſolvi placet. Quippe quod officii cauſam habet, non magis reluctanti extorqueri, quam invito obtrudi convenit: nec oportet quenquam difficilem eſſe in eo, in quo diſpendium ejus nullum vertitur, *l. in creditore 38. de evict.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quam ſub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renuntiet, *l. ſi mandavero 22. §. ult. l. ſi quis 27. §. 2. hoc tit. & pr. hujus text.* ut fruſtra objiciatur *l. 2. C. de obl. & act.*

Suſceptum conſummandum, aut quam primum renuntiandum] *dict. l. 22. §. ult. d. leg. 27. §. 2.* Quo probatur, quod modo diximus, mandatarium ſub disjunctione obligari, ut aut officium ſuſceptum exequatur, aut cum primum poterit, renuntiet. Renuntiatio aut tempeſtive fit, id eſt, ita ut integra facultas mandatori conſervetur eandem rem æque commode explicandi: aut intempeſtive, id eſt, eo tempore, quo jam mandator neque per ſe neque per alium idem negotium expedire poteſt. Renuntiatione tempeſtiva mandatum omnimodo ſolvitur, ut tamen actio competat ex antegeſto. Intempeſtiva vero mandatarium non liberat, ſed niſi juſta cauſa interceſſerit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præciſe impleat, ſed ut præſtet, quod mandatoris intereſt impletum eſſe, *dd. ll. & hoc text.* ſicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, *l. ſi quis 13. §. 1. de re judic. §. ult. ſup. de verb. obl.* Circa obligationem mandatarii incidere
2 ſolet quæſtio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum adminiſtratione mandatarius præſtare debeat. Dixeris præter præſtationem doli & culpæ latæ nihil à mandatario exigendum ſecundum definitionem *l. 5. §. 2. commod.* eſſe enim ſimilem depoſitario, ſeu ei, qui rem cuſtodiendam accepit; utrumque beneficii debitorem eſſe, contemplatione alterius rem ſuſcipere. Cæterum hanc definitionem in mandato ſequi non licet, propter eos textus, quibus expreſſe traditum eſt, mandatarium non tantum de dolo, ſed etiam ob culpam teneri, *l. 8. §. ult. hoc tit. l. procuratorem 11. Cod. eod. l. contract. 23. de reg. jur. Modeſtin. in collat. leg. Moſaic. & Rom. tit. de depoſ.* certum autem eſt, verbo culpæ abſolute poſito ſignificari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam leviſſimam in judicio mandati venire. Sic enim diſerte ſcriptum eſt in *l. à procuratore 13. C. hoc tit* Procuratorem dolum & omnem culpam præſtare, ſolum caſum improviſum non præſtare. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenſes, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re 21. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpa vacuum eſſe. Cui ſimilis eſt locus apud Ciceronem in *orat. pro Roſc. Amerino*, ubi de judicio mandati differens ait, in minimis rebus teneri mandatarium, ſi quid non modo malitioſius, verum etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in depoſito ſervari placet? Nimirum ideo, quoniam, cum in negotio gerendo opus ſit diligentia atque induſtria, & is, qui mandat diligentiam rei gerendæ convenientem exigere: & qui ſuſcipit mandatum, hoc ipſo induſtriam & diligentiam ad rem exequendam neceſſariam in ſe futuram recipere videtur. Quod depoſito non convenit: nam ad aliquid cuſtodiendum non diligentia aut induſtria, ſed fide opus eſt duntaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum eſſe non cum quovis depoſitario, ſed cum eo, qui ſe depoſito obtulit, quem omnem culpam præſtare placet, non alia de cauſa, quam quod offerendo ſe de diligentia ſua promittere videatur, *l. 1. §. ſæpe 35. depoſ.* Sunt qui de his præſtationibus ſtatuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, qua modo mandantis, modo mandatarii, modo utriusque utilitatem ſpectat: quoniam vident, eam diſtinctionem in commodato probatam eſſe, *l. 5. §. 2. in fin. junct. § interdum 10. & l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Nempe ergo; ſi his credimus, ubi mandatum ſolius mandantis gratia intervenit, dolus duntaxat, & culpa lata præſtabitur; ubi utriusque gratia, etiam culpa levis; ubi ſolius mandatarii, etiam leviſſima. Sed profecto talis diſtinctio in mandatum non cadit: neque quicquam mandato cum commodato hic commune eſt. Etenim mandatum ſolius mandatarii contemplatione interpoſitum etſi mandantem obligat, ſi dolus ejus intervenerit; *§. tua tantum 6. h. t.* mandatarium tamen non obligat ullo modo; quippe cujus nulla obligatio eſſe poteſt, niſi quatenus negotium, quod gerendum ſuſcepit, ad alium pertinet, *d. l. in re 21. C. h. t.* ut proinde cum de obligatione mandatarii circa prædictas præſtationes quæritur, mandatarius tantum conſiderari debeat, ut rem alienam gerens; quomodo etiam conſideratur in *d. l. in re, & paſſim in hoc arg.* Plane in iis, quæ actum commiſſum conſequuntur, interdum

dum culpa aut fraude carere ſufficit, *l. 8, §. ult. l. 10. l. 29. §. 4. hoc tit.*

Juſta cauſa interceſſerit, &c.] Hoc admiſſo renunriatione tempeſtiva mandatum ſolvi, conſequens fuit, ut etiam propter intervenientem juſtam cauſam aut non renuntiandi, aut intempeſtive renuntiandi excuſationes mandatarius allegans audiri
5 debuerit. Juſta non renuntiandi aut omittendi mandati cauſa eſt, veluti ſi actiones mandatario competituræ, inanes illi futuræ ſunt, eo quod mandator ſolvendo eſſe deſierit, ne forte mandatario pereat, quod impendit. Item inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus nec mandatorem credibile eſt amplius opera mandatarii uti velle, nec ab hoc exigi debet, ut eandem illi operam porro præſtet. Non tempeſtive renuntiandi, adverſa valetudo, aut ſimiles caſus, quibus impeditus tempeſtive renuntiare non potuerit, *l. ſane 23. l. 24. & l. ſeq. eod.*

TEXTUS.

De die & conditione.

12. Mandatum & in diem differri, & ſub conditione fieri poteſt.

COMMENTARIUS.

Mandatum & in diem differri, & ſub conditione contrahi poteſt, ut hic, & *l. 1. §. pen. eod.* & cum mandati obligatio mere à conſenſu pendeat, poteſt per nuntium quoque, vel per epiſtolam, mandatum fieri ac ſuſcipi, *d. l. pr. & §. 1. ſed hac,* & alia id genus, *ſub rubr.*

TEXTUS.

De mercede.

13. In ſumma ſciendum eſt, mandatum, niſi gratuitum ſit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede conſtituta, incipit locatio & conductio eſſe. Et (ut generaliter dicamus) quibus caſibus ſine mercede ſuſcepto officio, mandati ſive depoſiti contrahitur negotium; iis caſibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo ſi fulloni poliendà curandave quis dederit veſtimenta, aut ſarcinatori ſarcienda, nulla mercede conſtituta, neque promiſſa, mandati competit actio.

COMMENTARIUS.

1. *Honorarii ſive ſalarii conſtitutione mandatum non vitiari: nec tamen de ipſo ſalario actionem mandati eſſe.*
2. *Pactum de quota litis jure improbatum eſſe.*
3. *Operas liberales pretio nummario non æſtimari.*
4. *In dubio præſumendum non eſſe fullonem, &c. operam gratis ſuſcipere.*

Donell. lib. 13 comment. Cap. 10.

Mandatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde niſi gratuitum ſit, nullum eſt. Quippe officio atque amicitiæ contraria eſt merces, *l. 1. § ult. l. ita ut 36. §. 1. h. tit.* alioqui videretur mandatarius καπηλεύειν τὴν φιλανθρωπίαν, beneficium cauponari. Enimvero gratiam referre ami- 1
citiæ bene convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de cauſa mandatum eſſe non deſinit ſi remunerandi cauſa honor intervenerit, *l 6. pr. eod.* ubi Juriſconſultus figurate honorem appellat pecuniam remunerandi ſive honorandi cauſa datam promiſſamve. Paſſim honorarium & ſalarium nominatur, *l. 1. in fin pr. ſi menſ. falſ. mod. l 1. §. in honorariis 10. de extraord. cogn. l. 7. l. qui mutuum 56. §. pen. hoc tit. l. 1. l. 17. C. eod.* & à mercede hoc differt, quod merces fere analoga ſit operæ, ſeu ita conſtituatur, ut æſtimationi operæ proportione reſpondeat: honorarium autem eſt voluntaria operæ gratis præſtitæ remuneratio. Etſi vero honorarii ſive ſalarii conſtitutio mandatum non vitiat; nec impedit, quominus mandati actio ſit de iis omnibus, quæ mandati judicio peti potuiſſent, ſi ſalarium non intervenisset: *d. l. 6. in pr.* de ipſo tamen ſalario mandati actio non eſt, ſed extra ordinem peti ſolet, *l. 7. l. qui mutuum 56. §. pen. eod. l. 1. C. eod.* Utique autem ut peti poſſit ſalarium, promiſſum & conventum eſſe oportet, ſaltem nudo pacto: ſi nullum conſtitutum ſit, nulla quoque eo nomine perſecutio eſt: in tantum ut nec, ſi promiſſum ſit, ſed incertæ quantitatis, ulla adhuc ſit aut extraordinaria ſalarii petitio, aut actio mandati, ut certum conſtituatur, *l qui mutuum 56. §. pen. hoc tit. l. 17. C. eod.* ſed hic forte ad eos ſolos pertinet, qui familiaritatis cauſa operam præſtant, non ad Advocatos, &c. per *l. 1. §. 10. & l. 4. de extr. cogn.* Certe hodie moribus noſtris poſſunt Advocati & Procuratores forenſes (*mits overleverende declaratie van haere beſoigne, conform de inſtructie van de hoven ende laege vierſcharen*) petere ſalarium quanrumvis nullum pacti aut ſtipulati ſint, dum tamen inſtructionem ſuam, quam curia dedit, non excedant. *Add. Guid. Pap. quæſt. 67. Papon. lib. 6. tit. 12. arreſt. 5. & lib. 15. tit. de tut. arreſt. 12. Garz. de expenſ. & mel. cap. 20. num. 15.* Illud obiter notandum, pactum de

de quota litis, ut vulgo loqui amant, id eſt, cum advocatus aut Procurator ex eventu litis certam quantitatem ſalarii nomine paciſcitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum eſſe, tanquam quod turpe atque adverſus bonos mores ſit, *l. 7. hoc titul. l. ſi contra 20. C. eodem, l. ſumptus 53. de pact. l. 1. §. ſi cui 12. de extra cogn. Don. poſt alios in d. l. ſi contra.*

Mercede conſtituta incipit locatio eſſe] Modo tale factum ſit, quod locari ſoleat: qualia fere ſunt, quæ mercede, eaque proportionata facto æſtimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio nummario æſtimari indignum eſt; ideoque nec cum iis, qui ingenio, patrocinio, fide, conſilio operam impendunt, crediderunt, veteres locationem & conductionem eſſe; & quicquid hic vel datum vel conſtitutum eſt, non merces, ſed honorarium dicitur; de quo extra ordinem cognoſcit prætor. Sed neque talis facti locatio eſt, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit; veluti ſi pecuniam tibi dem, ut ſervum manumittas, non locatio & conductio eſt, ſed contractus innominatus, *l. 5. §. 2. de praeſcr. verb.*

Fulloni aut ſarcinatori nulla mercede conſtituta, &c.] Id eſt, cum fullo aut ſarcinator eam operam gratis & amicitiæ cauſa expreſſe ſuſceperunt: alioqui non mandati actio, ſed præſcriptis verbis competit, *l. ſi tibi 22. de praeſcript verb. §. 1. ſup. de locat. Bachov*, ubi Cajus ſcribit, cum gratis ejuſmodi operam fullo aut ſarcinator ſuſcipit, mandati obligationem eſſe: cum mercede data aut conſtituta, locationis conductioniſque negotium geri: ſi neque gratis, neque protinus data aut conſtituta mercede, ſed eo animo, ut merces poſtea conſtitueretur & daretur, eſſe contractum innominatum, ex quo in factum actio, id eſt, præſcriptis verbis, detur. Talis 4 autem animus utrinque præſumendus eſt, cum fulloni, ſarcinatori, & ſimilibus, qui manuum opera victum quæritant, & ſpe lucri eam ſuſcipiunt, aliquid faciendum datur, niſi nominatim convenerit, ut gratis præſtaretur. *fac. §. 1. ſup. de locat.*

TITULUS XXVIII.

De obligationibus, quæ quaſi ex contractu naſcuntur.

TEXTUS.

Continuatio.

Poſt genera contractuum enumerata, diſpiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie naſci ex contractu intelliguntur: ſed tamen quia non ex maleficio ſubſtantiam capiunt, quaſi ex contractu naſci videntur.

COMMENTARIUS.

1. *Ratio ordinis.*
2. *Particulam* quaſi *notam eſſe ſimilitudinis, & ſimul improprietatis.*
3. *Falſos eſſe, qui putant, obligationem hic naſci ex tacita conventione.*
4. *Non eſſe confundendum tacitum cum ficto, expreſſum cum vero.*
5. *Factum, unde hic obligatio naſcitur, non male vulgo quaſi contractum appellari: & quid ſit.*

Ex positis obligationibus, quæ ex contractu naſcuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ naſcuntur quaſi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa diſtributione, propoſita *§. ult. ſup. de oblig.* ſecundum locum tribuit. Ait, *quaſi ex contractu.* Particula *quaſi* & ſimilitudinis nota eſt, & 2 improprietatis: quamobrem recte dicemus, quaſi ex contractu obligationem naſci, cum citra conventionem naſcitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cum dico, citra conventionem: nam ex contractu nulla eſt obligatio ſine conventione, *l. 1. §. 3. de pact.* Similitudinem, cum dico, ex facto non turpi, id eſt, quod non cadit in ſpeciem maleficii. Neque aliam rationem aut Cajus *l. 5. de obl. & act.* Aut Juſtinianus *hoc tit.* reddunt, cur quaſi ex contractu obligatio naſci dicatur. Sunt qui etiam ex conventione hic obliga- 3 tionem naſci tradant, non quidem expreſſa, ſed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacite ſeu re & facto aliquo conſenſus declaretur, an verbis & conventione expreſſa? Utique enim tacita conventio non minus vera conventio eſt, *l. 2. l. 4. §. ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quam verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quod tacite inter contrahentes agitur, pro expreſſo habetur, *l. 3. de reb. cred. l. ſemper. 34. de reg jur.* Ita ſocietas tacite contrahi poteſt, *l. 4. pro ſocio*, item mandatum, *l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. mand.* locatio conductio, *l. 13. §. ult. locat.* Denique conventio ſæpe titulo contractus incluſa eſt, ut conventio reſtituendi in mutuo, commodato, depoſito, pignore. Sed nec poſſe hic vel tacitam conventionem intervenire, intelligi ex eo patet, quod omnis conventio plurium eſt, *l. 1. §. 1. de pact.* hic autem ex facto unius fere obligatio oritur Adde, quod quaſi ex contractu inviti quoque & ignorantes obli-

obligamur, §. 1. *inf. hoc tit. l.* 2. *de neg. geſt.* adeo ut ea obligatione etiam furioſi & pupilli teneantur, *l.* 3. §. *& ſi* 5. *d. tit. furioſus* 46. *de obl. & act.* Poſtremo nusquam proditum eſt, ullum conſenſum hic vel tacite intervenire, ſed obligationem ex re naſci, *d. l.* 46. in eam nos incidere, *l. hæredes* 25. §. *non tantum* 16. *fam. erc.* utilitatis cauſa introductam eſſe, *l.* 5. *de obl.*
4 *& act.* §. 1. *h. tit.* Plane, ſi quis tacitum appellet, non quod ſimpliciter expreſſum non eſt, ſed quod nec verum eſt, ſed fictum, & contra naturam geſti auctoritate juris præſumptum; *l.* 3. *in fin. cum l. ſeq. quib. ex cau. in poſſ. l.* 13. *in fin. commod.* hoc ſenſu per me licet, obligatio quaſi ex contractu veniens dicatur naſci ex tacita conventione. Sed cavendum omnino eſt ab iis, qui nullum verum contractum agnoſcunt ſine expreſſa conventione; nullam veram conventionem, quæ non eadem & expreſſa ſit; confundentes expreſſum cum vero, tacitum cum falſo &
5 ficto. Factum, unde hic obligatio naſcitur, cum interpretibus, contempta quorundam ſuperſtitione, quaſi contractum appellamus. Nam etſi veteres non ita hic loquuntur, ut dicant, obligationem naſci ex quaſi contractu, ſed quaſi ex contractu naſci: alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum ſimilitudinem inducta ſunt, ea nota ſic diſtinguunt; ex quibus hæc, quaſi poſſeſſio quaſi maritus, *l.* 32. §. *pen. de don. int. vir. & ux.* quaſi Serviana actio, peculium quaſi caſtrenſe. Nonnunquam appellatione contractus etiam quaſi contractus comprehenditur, §. 1. *inf. de act. l. ex contractibus* 49. *de obl. & act. l.* 23. *de reg. jur.* & interdum abſolute contractus vocatur, *l.* 16. *de neg. geſt. l. ult. in quib. ca. pign.* largo ſcilicet modo & per abuſionem, *l.* 3. *in fin. cum l. ſeq. quib. ex ca. in poſſ.* Sic autem non male quaſi contractum definiemus, factum omne non turpe, quo aut is, qui fecit, alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, ſine conventione obligatur. Hujus generis facta quinque hic recenſentur, negotiorum geſtio, adminiſtratio tutelæ, communionis rerum circa ſocietatem ſuſceptio, aditio hæreditatis, indebiti ſolutio.

TEXTUS.

De negotiorum geſtione.

1. *Igitur cum quis negotia abſentis geſſerit, ultro citroque inter eos naſcuntur actiones, quæ appellantur negotiorum geſtorum. Sed domino quidem rei geſtæ adverſus eum, qui geſſit, directa competit actio: negotiorum autem geſtori contraria. Quas ex nullo contractu proprie naſci manifeſtum eſt: quippe ita naſcuntur iſtæ actiones, ſi ſine mandato quisque alienis negotiis gerendis ſe obtulerit, ex qua cauſa ii, quorum negotia geſta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis cauſa receptum eſt, ne abſentium, qui ſubita feſtinatione coacti, nulli demandata negotiorum ſuorum adminiſtratione, peregre profecti eſſent, deſererentur negotia: quæ ſane nemo curaturus eſſet, ſi de eo, quod quis impendiſſet, nullam habiturus eſſet actionem. Sicut autem is, qui utiliter geſſit negotia, dominum habet obligatum negotiorum geſtorum, ita & contra iſte quoque tenetur, ut adminiſtrationis reddat rationem. Quo caſu ad exactiſſimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec ſufficit, talem diligentiam adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet: ſi modo alius diligentior eo commodius adminiſtraturus eſſet negotia.*

Donell. lib. 15. cap. 15, 2.

NOTÆ.

ABSENTIS] Qui præſens patitur negotia geri, mandare intelligitur, *l.* 6. §. 2. *l.* 18. *mand.*

CONTRARIA] Ita dicta, quoniam contrariæ parti per conſequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem, *l.* 5. *depoſ. l.* 6. *in fin. de his qui not. infam.*

AD EXACTISSIMAM DILIGENTIAM] fac. *l.* 21. *C. mandat. l.* 25. §. 16. *fam. erc. l.* 24. *C. de uſur.* Tenetur ergo negotiorum geſtor, non tantum ſi quid lata aut levi culpa peccavit; ſed etiam, ſi quid vel culpa leviſſima: nullaque cauſa eſt, cur levius obligetur, quam depoſitarius, qui ultro ſe depoſito obtulit, *l.* 1. §. 35. *depoſ.*

NEC SUFFICIT TALEM, &c.] His verbis perſpicue ſignificatur, etiam culpam leviſſimam à geſtore præſtari, arg. §. 2. *ſup. quib. mod. de ont. obl.* ubi eadem præſtatio & iisdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus ſolummodo præſtatur, ut in caſu, *l.* 3. §. 9. *de neg. geſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Negotiorum geſtionem eſſe factum natura media inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantum latere ſunt obligatoria.*
2. *Actio ex geſto directa cui detur, item cui contraria: & quid utraque contineat.*
3. *Doline tantum, an etiam culpa, & cujus nomine geſtor teneatur; accuratius, quam vulgo.*

PRima ſpecies quaſi contractus, negotiorum geſtio. Ex Cajo *l. 5. de obl. & act.* Ait. *cum quis negotia abſentis geſſerit.* Videlicet ſine mandato, aut ignorantia: nam ſi ex mandato geſſerit, palam eſt, ex contractu naſci inter eos obligationem mandati. Si vero ſine mandato geſſerit, naſcitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Cæterum hæ actiones naſcuntur ex contractu, qui nullus interpoſitus eſt: quia non geritur negotium invicem: ſed quia nec maleficium eſt, alia negotia ſine mandato adminiſtrate, nec dominus negotiorum quicquam deliquiſſe intelligi poteſt, quaſi ex contractu hic obligatio oiiri videtur, *d. l. 5. de obl. & act. l. 2. de neget. geſt.*

Domino directa competit actio] Monuimus in explicatione *§. 2. ſup. quib. mod. re contr. obl.* eſſe quoſdam contractus, qui ex uno tantum latere obligant, quoſdam, qui ex uttoque nonnullos etiam eſſe naturæ intermediæ, ex quibus nec ſemper unus
1 tantum, nec ſemper uterque obligetur. Hujus generis præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodum, depoſitum, pignus, etiam mandatum eſt, & quaſi contractus mandato ſimiles, negotiorum voluntaria adminiſtratio, & tutela. Nam & hi contractus & quaſi contractus principaliter comparati non ſunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium eſt; ita nec ab initio ex his cauſis obligatur; ſed ut obligetur, fit ex accidenti & per conſequentiam, ſi quid alter de ſuo neceſſario aut utiliter impendit, alter autem ſtatim teneatur, & di-
2 recto, ex ipſo contractu aut negotio. Hinc eſt, quod actio, quæ ex his cauſis domino propoſita eſt, directa dicitur, & interdum principalis, *l. in commodato 17. §. 1. commod.* quæ adverſus dominum, contraria; quoniam contrariæ parti per conſequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem. Et in propoſito igitur actio, qua negotiorum geſtor tenetur domino, eſt & dicitur actio negotiorum geſtorum directa; qua dominus per conſequentiam tenetur geſtori, uti per cauſam geſti quid abeſt, contraria.

Adverſus eum, qui geſſit] Ut geſti rationem reddat, & interdum non geſti, videlicet ejus, quod gerendum ſuſcepit: nam novum inchoare non habet neceſſe, *l. nam & Servius 12. §. 2. de neg. geſt.* Geſti obligatio duo continet. Reſtitutionem ejus, quod per occaſionem negotii ad gerentem pervenit, *l. 2. eod* exempla ſume ex *l. 8. §. 1. l. ſi quis 23. eod.* & damni ejus, quod perperam geſſit, præſtationem: cæterum hic lucrum cum damno caſu dato penſatur, *l. 11 eod.* In non geſto non tantum damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, ſed etiam lucri omiſſi: ad quod declarandum accommodatiſſimum exemplum eſt, quo & veteres utuntur, in debitore qui creditoris ſui negotia geſſit, *l. 6. §. ult. l. 7. l. divortio 35. eodem.*

Negotiorum geſtori contraria] Si modo utiliter negotium geſſit: nam qui geſſit inutiliter actionem non habet, *l. 2. eod.* Comperit autem hæc actio, ut & cæteræ ejuſdem naturæ, de indemnitate, *l. 5. l. 6. in fin. de his qui not. inf.* & in propoſito duarum rerum nomine comparata eſt: nempe ut præſtetur & quod abeſt ei, qui utiliter geſſit, puta ſi de ſuo quid erogaverit, aut quod conſecutus non ſit, quod alias conſequi potuiſſet; & quod ei abfuturum eſt, veluti ſi ſe in rem abſentis alicui obligavit, *d. l. 2. l. ſi quis 28. de neg. geſt. l. ob negotium 18. C. eod.*

Subita feſtinatione coacti], Sed & ſæpe homines eo animo peregre proficiſcuntur, quaſi ſtatim redituri, nec ob id ulli curam negotiorum ſuorum mandant: deinde novis cauſis intervenientibus diutius abeſſe coguntur, *l. 5. in pr. verſ. ideo, de obl. & act.*

Dominum habet obligatum negotiorum geſtorum] Cujacius, Hotomannus, Weſembecius legunt, *habet obligatum dominum negotiorum.* Et ita quoque Theophilus legiſſe videtur.

Ad exactiſſimam diligentiam] Secundum regulam traditam, *l. 5. §. 2. commod.* non plus à negotiorum geſtore exigendum videtur, quam à depoſitario; nimirum ut dolum præſtet duntaxat, non etiam culpam, niſi dolo proximam: quoniam non magis gerentis in cauſa negotiorum geſtorum, quam depoſitarii in depoſito, commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris eſt, non doli tantum nomine, ſed etiam culpæ geſtorem obſtringi, *l. 11. de neg. geſt. l. tutori 20. C. eod. l. contractus 23. de reg. jur.* Sed nimirum, ut ſuperius quoque ſub *§. 2. ſup. quib. mod. re contr. obl. & §. propen. præc. tit.* monui, regula de dolo duntaxat præſtando in negotio, in quo ſuſcipientis nulla verſatur utilitas, vim ſuam perdit, cum quis ſe negotio & officio offert; quod quid facit, de diligentia ſua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui de aliena negotia ſua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum geſtorem non tantum eo nomine teneri, ſi quid conſulto, lata aut levi culpa, peccavit, ſed etiam ſi quid vel culpa levis-

leviſſima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque ſumma & exactiſſima, ut non excuſetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem ſuis rebus adhibere ſolet, ſi modo alius diligentior utilius negotia adminiſtraturus eſſet. Quibus verbis palam eſt ſignificari, etiam culpam leviſſimam à geſtore præſtandam eſſe, cum eadem plane præſtatio & iisdem verbis imponatur commodatario, quem ſane etiam ob leviſſimam culpam teneri conſtat, *d. §. 2. ſup. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. ille 4. de oblig. & act.* Hoc idem non obſcure indicat *l. hæredes 25. §. non tantum 16. fam. erc.* ubi Juriſconſultus ſcribit, cohæredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præſtare, diligentiam autem non majorem, quam rebus ſuis: neque enim hos eſſe ſimiles negotiorum geſtori, ut ſumma ab iis diligentia exigi debeat: quoniam negotiorum geſtor cauſam gerendi non habet, illi habent propter partem ſuam. Sed & quod ſcriptum eſt *in l. 21. C. mand.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpa vacuum eſſe, tam ad negotiorum geſtorem, quam mandatarium pertinet, & vel magis ad illum, qui ſe ingerit, quam ad hunc, qui rogatus gerit. Poſtremo nulla cauſa eſt, cur levius obligetur, qui ſe miſcet rebus ignorantis, quam depoſitarius offerens ſe depoſito. At hunc illa officii oblatio periculo depoſiti ſic illigat, ut omnia præſtet præter improviſos caſus, ſicut diſerte ſcriptum eſt *in l. 1. §. ſæpe 35. depoſ.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad abſentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipſorum abſentium intereſſe: nam ſi nemo ſit, qui ea capeſſat, futurum eſſe, ut pereant. Reſp. etiam intereſſe abſentium, ne quis temere ſe negotiis eorum immiſceat, & diligentiorem forte antevertat. Neque enim ſemper negotia aliena urgente neceſſitate ſuſcipiuntur: cumque id fit, doli tantum nomine geſtorem teneri placet, *l. 3. §. interdum 9. de neg. geſt.* ſed ſæpe homines præpropere ſe alienis ingerunt, non affectione ducti ad negotia alioqui peritura accedentes, ſed acti aut ſpe emolumenti, aut præpoſtera curioſitate. Quo pertinet *l. culpa 36. de reg. jur.* ut vel maxime abſentium utilitas in eo vertatur, ut quicunque ſe negotiis alienis nulla urgente neceſſitate immiſcent, intelligant, nihil in eorum adminiſtratione omiſſum neglectumve impune fore. Interpretes communiter *poſt Gloſſ. hic.* ſtatuunt, eo demum caſu negotiorum geſtorem propter culpam leviſſimam teneri, cum alius diligentior ad gerendum ſe obtulit: nimirum verba illa hujus textus, *ſi modo alius diligentior, &c.* pro limitatione accipientes: quod non convenit ſententiæ hujus loci, qui deſcriptionem quandam continet exactiſſimæ diligentiæ, cui culpa leviſſima opponitur, *argum. §. 2. ſup. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. ille 4. de obl. & act. add. Paul. 1. ſent. 4. l. 24. C. de uſur.*

TEXTUS.

De Tutela.

2. *Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati eſſe intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia ſane non ex maleficio tenentur, quaſi ex contractu teneri videntur. Hoc autem caſu mutuæ ſunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: ſed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, ſi vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem ſuam creditoribus ejus obligaverit.*

COMMENTARIUS.

1. *Tutorem in rebus pupilli non tantum dolum, ſed etiam culpam præſtare.*
2. *Cur levem duntaxat culpam, non etiam leviſſimam tutor præſtet.*

SEcunda ſpecies quaſi contractus, adminiſtratio tutelæ. Neceſſarii quoque rerum alienarum adminiſtratores, veluti tutores, quaſi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam ſuſcipientes, aut ſuſceptam adminiſtrantes, cum pupillis ullum negotium contrahunt; multoque minus ea res ſpeciem maleficii aut quaſi maleficii habet, *l. 5. §. 1. de ob. & act.*

Actiones mutuæ] Pupillo prodita eſt actio tutelæ directa, qua, finita tutela, *l. 4. de tut. & rat. diſtr.* tutorem convenire poteſt, ut rationem reddat adminiſtrationis ſuæ, & tam non geſti, quam geſti, aque ut reliqua inferat, *l. 1. de tut. l. 7. l. 9. C. arbitr. tut. l. 2. C. ſi tut. vel cur. non geſſ.* Et quamvis in adminiſtratione tutelæ nulla verſetur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantum dolum & culpam latam, ſed etiam levem præſtare, *l. contractus 23. de reg. jur. d. l. 7. Cod. arb. tut.* quod ratio muneris publici ad defenſionem miſeræ ætatis conſtituti ſuaſit. Quicquid ergo vel dolo tutoris aut lata ejus culpa, vel etiam levi amiſſum, vel non acquiſitum erit, cum conſervari aut acquiri potuiſſet, hoc in tutelæ judicium veniet, *d. l. 1. l. cum tutor 18. de tut.*

tut. & rat. diſtr. d. l. 7. & l. 4. C. arb. tut. l. ſi tutoris 23. Cod. de adm. tut. l. 3. C. de peric. tut. Enimvero quoniam neceſſitas gerendi excuſatione digna eſt, ſi tutor pro captu ſuo bona fide facit, quod poteſt, non majorem diligentiam ab eo requiremus, quam quantam ſuis rebus adhibere ſolet, hoc eſt, ut levem culpam præſtet duntaxat, non etiam leviſſimam, *d. l. 1. tut. & rat. diſt. d. l. 7. C. arb. tut. l. à tutoribus 33 pr. de adm. tut.* Fruſtra vero ex *l. 4. Cod. de peric. tut.* quæ ait, à tutore fortuitos caſus non præſtari, quidam eliciunt, tutorem teneri ex cæteris cauſis omnibus atque adeo ex culpa quoque leviſſima, add. *Petr. Fab. ad. l. 23. de reg. jur.* Vice mutua tutor cum pupillo, cujus tutelam geſſit, habet contrariam tutelæ actione, qua, ſi vel impenderit quid in rem pupilli, ſive aut ſe aut res ſuas pro pupillo obligaverit, & impenſas recipiat, & ab obligationibus liberetur, *l. 1. in pr. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. C. eod.* Hæc eadem mutatis perſonis ad curatores quoque & adultos transferenda ſunt, *l. 8. §. 1. de reb. eor. qui ſub tut. l. 3. l. 4. l. 7. C. de arbitr. tut. cum ſimilib.*

TEXTUS.

De rei communione.

3. Item ſi inter aliquos communis res ſit ſine ſocietate; veluti quod pariter eis legata donatave eſſet, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod ſolus fructus ex ea re perceperit, aut quod ſocius ejus ſolus in eam rem neceſſarias impenſas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus eſſe, quippe nihil inter ſe contraxerunt: ſed quia ex maleficio non tenetur, quaſi ex contractu teneri videtur.

De hæreditatis communione.

4. Idem juris eſt de eo, qui cohæredi familiæ erciſcundæ judicio ex his cauſis obligatus eſt.

NOTÆ.

3. Sine societate] Datur quidem judicium communi dividundo etiam cum ex ſocietate res communis eſt. *l. 1. & 2. comm. div.* ſed eo caſu eſt ex contractu.

Et alter eorum alteri] Principalis finis judicii communi dividundo eſt, ut res dividantur & à communione recedatur, *§. 4. & 5. inf. de off. jud. d. l. 1. comm. div. l. 1. fam. erc.* tum ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare oportet lucri, damni, impenſarum nomine, *l. 3. d. t.* lucri, ut *in l. 3. C. eod. §. 4. inf. de off. jud.* damni ut *l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. fam. erc.* impenſarum, ut *l. 18. §. 3. d. t. l. 4. §. 3. comm. div. & hoc text.*

Quod socius eius solus] Obſerva ſocium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra cauſam ſocietatis, puta collegatarium ejusdem rei &c. ſed iſta ſocietas voluntaria non eſt, ſed neceſſaria.

COMMENTARIUS.

1. *Communio inter aliquos conſtituta, quarum rerum obligationem pariat.*
2. *Culpa in judicio communi dividundo ad quam diligentiam dirigatur.*

Tertia ſpecies, quæ quaſi ex contractu obligationem producit, eſt communio rerum inter aliquos citra ſocietatem ſuſcepta. Rerum commu- 1
nio ſic inter aliquos conſtituta, ſive hæreditatis inter cohæredes, ſive rerum ſingularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata eſt, quive ſimul eandem rem emerunt ſine affectione ſocietatis, duarū rerum obligationem parit: nam & conſortem ad rerum diviſionem obligat, & in communione manenti præſtationibus quibusdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, *l. item Labeo. 22. §. 4. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. divid.* Prima & præcipua hic obligatio eſt, quod conſors, ſi ſponte communionem omittere nolit, compellatur ad diviſionem judicio diviſorio: in quo hoc maxime agi conſtat, ut ſua cuique parte adjudicata, à communione quam nec ſuſcipere, nec retinere quisquam cogitur, *l. 26. §. 4. de cond. ind. l. ult. C. comm. div.* diſcedatur, *l. 1 fam. erc. l. 1. comm. divid. §. quadam. 20. inf. de act.* Diviſio rerum qualis ſit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio. explicatur *§. 4. & ſeqq. inf. de offic. jud.* Præſtationes perſonales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impenſarum nomine, *l. 3. comm. div.* Lucri, ut ſi quid ad unum è conſortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, *l. 3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud. & hoc text.* Damni, ut ſi quid damni in re communi datum aut factum eſt culpa aut negligentia unius, id cæteris proportione cujusque ſarciat, *l. 16. §. pen. l. hæredes 25. §. non tantum 16. & §. item culpa 18. l. inter cohæredes 44.*
§. quod ex fact. 5. fam. erc. Culpa non ad exactiſſi- 2
mam diligentiam dirigitur; quoniam qui rem cum alio communem habet, propter ſuam partem cauſam habet gerendi; & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quam qualem ſuis rebus adhibere conſuevit

ſuevit, *d. l. hæredes §. non tantum.* Impenſarum, ut ſi quæ ab uno in res communes factæ ſunt, quas propter partem ſuam neceſſe habuit facere, ei à cæteris pro rata refundantur, *hoc text. l. 18. §. 3. d. hæredes §. idem juris & ſeqq. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. div.* Quorum omnium conſequendorum cauſa comparatæ ſunt actiones inter hæredes familiæ erciscundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes ſunt, extra cauſam hæreditatis, communi dividundo, tit. ff. & C. fam. erc. & comm. div. Sive autem propter præſtationes illas, ſive propter diviſionem rerum hæc judicia reddantur, ſemper quaſi ex contractu proficiſcuntur.

TEXTUS.

De aditione hæreditatis

5. *Hæres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur, (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius geſſiſſe proprie dici poteſt) & tamen quia ex maleficio non eſt obligatus, quaſi ex contractu debere intelligitur.*

NOTÆ.

4. Qui cohaeredi familiae erсisc.] Quippe ſemota hæreditatis diviſione, cætera ſunt utrique judicio cum altero communia, *l. 6. §. 11. comm. div.*

5. Haeres quoque] Ex Cajo *l. 5. §. 2. de obl. & act.*

Commentarius.

1. *Hæredem proprie quaſi ex contractu obligari legatariis & fideicommiſſariis, non item creditoribus hæreditariis.*

Quarta ſpecies quaſi contractus, aditio hæreditatis. Certum eſt, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortaſſis ne novit quidem, negotium contrahere: ſed & plus quam manifeſtum eſt, nullum in ea re maleficium eſſe. Reſtat ergo, ut ex hac cauſa quaſi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hæreditatem ſibi delatam amplectitur, ſimul judicium defuncti agnoſcere, ſeque oneribus, quæ ex voluntate defuncti ſubeunda ſunt, ſubjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis ſeſe obligare videtur, *l. 5. §. 2. de obl. & act. l. 3. §. ult. & l. ſeq. quib. ex ca. in poſſ.*

Legatorum nomine] Hæres tunc proprie quaſi ex contractu obligatur, cum non alia obligationis cauſa eſt, quam agnitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac cauſa tantum tenetur creditoribus teſtamentariis, ſeu legatariis & fideicommiſſariis *d. l. 5. §. 2. de obl. & act. & hoc text.* Atque his ſolis actio perſonalis, quæ in uſu juris actio ex teſtamento dicitur, & quaſi ex contractu naſcitur, competit, *vid. ſup. §. 2. de legat. & ibi not.* Creditoribus autem hæreditariis, id eſt, creditoribus defuncti, non tenetur quaſi ex contractu & facto ſuo, ſed ex ipſo contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in hæredem ſuum transmittit. Hæ ſunt obligationes & actiones hæreditariæ, eædem nimirum illæ, quæ competebant adverſus defunctum, & ex eadem cauſa. Inauditum enim eſt, creditores hæreditarios actione ex teſtamento experiri. Ex legatis vero non eſt obligatio hæreditaria, ſed obligatio hæredis; quamvis hæreditariæ loco eſſe dicatur, *l. hæreditariarum 40. de obl. & act.* Eadem obligationis ratio eſt & in legatariis & fideicommiſſariis, à quibus quid relictum eſt; eædemque adverſus eos actiones ejus rei obtinendæ cauſa conſtitutæ, *l. un. §. pro ſecundo 4. C. de cad. toll. l. 1. C. comm. de legat.*

TEXTUS.

De ſolutione indebiti.

6. *Item is, cui quis per errorem non debitum ſolvit, quaſi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus eſſe, ut, ſi certiorem rationem ſequamur, magis (ut ſupra diximus) ex diſtractu, quam ex contractu poſſit dici obligatus eſſe. Nam qui ſolvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut diſtrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accipit, obligatur, ac ſi mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.*

NOTÆ.

6. Cui quis per errorem] Facti quidem etiamſi ſubſit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen deſtituta ſit juris civilis auxilio, *l. 9. C. ad leg. Falc. l. 7. de cond. ind.* Cæterum etiam juris, ſi is, qui ſolvit, ne natura quidem qualis qualis debitor eſt, arg. *l. 7. de cond. ca. dat. l. 32. §. 1. l. 59. l. 66. de cond.*

cond. in d. l. 8. de jur. & fact. ign. l. 1. pr. ut in poſſ. leg. cum ſimil.

QUASI EX CONTRACTU] Quia hæc res ſpeciem negotii invicem geſti habet, *l. 33. de cond. ind.* Cæterum extra id, quod agitur, tacite hic obligatio naſcitur, *l. 13. in fin. commod.*

PERINDE OBLIGATUR] *l. 5. §. de obl. & act.* Ex bono ſcil. & æquo *l. 14. l. 66. de cond. ind.* cum ſtricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem, *l. 19. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando, qui ſciens indebitum recipit, furti obſtringatur.*
2. *Quæ requirantur, ut indebitum ſolventi competat.*
3. *An ejus, quod errore juris ſolutum eſt, aliquando repetitio ſit.*
4. *Sitne hac obligatio ex vero contractu, an quaſi.*

Quinta & poſtrema ſpecies, unde obligatio quaſi ex contractu proficiſcitur, eſt indebiti per errorem ſolutio. Habet hæc ſpecies magnam cum mutuo affinitatem; quæ cauſa eſt, quod *ſup. §. 1. quib. mod. re cont. obl.* ſtatim poſt contractum mutui etiam indebiti ſoluti mentionem fecit: ſed cum illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non conſiſtere, tacite ſignificat quaſi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius oſtendit ex Cajo *l. 5. §. is quoque 3. de obl. & act.* Res ita habet. Qui indebitum ſolvit, aut ſciens ac prudens hoc facit: quo caſu accipiens non obligatur, ceſſatque adeo repetitio, etiamſi ea mente dedit, ut poſtea repeteret, *l. 1. l. ſi non ſortem 26. §. 2. & 3. h. t. de cond. ind. l. 9. C. eod. l. cujus 53. de reg. jur. junct. l. quod quis 50. h. t.* Aut dubitans; qui ſi nominatim ſolutioni hanc legem dicat, ut reddatur ſi poſtea apparuerit eſſe indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad reſtitutionem, *l. 2. eod.* Si vero ſimpliciter ſolvat; quaſi ex contractu: ſiquidem dubitanti æque ut erranti repetitio datur, *l. ult. C. eod.* Aut denique, quod plerumque fit per errorem, ſeu ignorans ſe non debere; de qua ſpecie paſſim agitur in *ff. & Cod. de cond. ind.* eſtque eadem illa, in qua accipientem quaſi ex contractu obligari hoc loco & *d. l. 5. §. 3. de obl. & act.* traditum eſt: quam recte, videbimus poſtea. In accipiente nulla
1 erroris aut ſcientiæ diſtinctio eſt. Denique qui ſciens indebitum recipit, etiam furti obſtringitur, *l. quoniam 18. de cond. furt. l. falſus 43. in pr. de furt.* quod ita verum eſt, ſi creditorem ſe ſimulans alterum ad ſolvendum induxit: nam ſi pecuniam ultro ſibi oblatam à debitore accepit, furtum non committit, *arg. d. l. falſus, Caſtel. poſt Bart. ad d. l. quoniam.*

Cui quis per errorem indebitum ſolvit] Ut in ſpe- 2
cie propoſita ſolventi quæratur obligatio & ſoluti condictio, duo requiruntur; ut indebitum ſit, quod ſolvitur; ut ſolvatur per errorem. Primum exigimus, ut ſit indebitum: nam debiti ſoluti nulla repetitio eſt. Et quidem nemo dubitat, quin ceſſet repetitio, ſi id quod ſolutum eſt, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid ſi alterutro tantum? Si tantum jure civili, id eſt, ex obligatione, cui deeſt vinculum æquitatis, ut ſummo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, ſed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, placet locum eſſe repetitioni, *l. ſi non ſortem 26. §. 3. l. qui exceptionem 40. l. ex his omnibus 54. hoc tit. de cond. ind.* Nimirum tale debitum tantum verbo ita dicitur, re autem debitum non eſt; quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili vere deberi intelligitur, *l. 3. §. 1. de conſt. pec. l. nihil 112 de reg. jur.* Naturale autem debitum in hac cauſa pro vero debito habetur; eoque etſi exigi non poteſt, ſolutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter ſe obligatum putabat, non repetitur: ſententia innumeris locis tradita, *l. 10. de obl. & act. l. 16. §. naturales de fideic. l. 3. §. ult. quod quiſque jur. l. 13. l. 19. hoc tit.* Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compenſationem veniat, *l. 6. de compenſ.* ſumma ratione denegatur quoque ejus ſoluti repetitio. Sed & ſi debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex cauſa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, ſolutum per errorem non repeti. Hujus generis eſt exceptio rei judicatæ: ſiquidem ſententia judicis obligationem conſenſu conſtitutam perimere non poteſt: & ideo quod verus debitor abſolutus ſolvit, repetere eum non poſſe, Julianus & Paulus reſponderunt, *l. 60. hoc tit.* Huc item plerique referunt exceptionem Senatuſc. Macedoniani: nam & filiusfa. ſi mutuam pecuniam Senatuſc. acceperit, & paterfa. factus perperam ſolverit, non repetit; quoniam naturalis obligatio manet, *l. 10. de ſen. Mac.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac cauſa condictionis, *l. 40. hoc tit. l. 9. in fin. de ſen. Mac.* ſed ea non eſt generalis, ut apparet ex *d. l. 60.* Atque ego in hac ſpecie omnino diſtinguendum puto inter errorem juris & facti, *juxta not. inf. num. 3. in fin.* Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus; quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod ſi naturalis obligatio jure civili improbata ſit, aut deſtituta juris civilis auxilio; qualis eſt mulieris intercedentis, *l. 16. §. 1. ad ſen. Vell.* prodigi promittentis *l. 6. de verb. oblig.* pupilli, ſine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat acceſſiones;

ceſſiones; ea non attenditur, & perinde repetitio datur ac ſi quod ex ea cauſa ſolutum eſt, nullo jure debitum eſſet, *l. 9. C. ad ſen. Vell. l. 41. hoc tit. l. 6. de verb. oblig.* Eodem jure civili iuſuper habetur obligatio naturalis, quam inducit voluntas teſtatoris vel minus ſolemnis, vel legantis ſupra dodrantem bonorum. Cæterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l. 9. C. ad leg. Falc. l. 7. C. hoc tit.* Error duplex eſt; facti unus, ſcilicet cum factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cum factum ſcitur, ſed quid jus hic tribuat, ignoratur, *l. 1. de jur. & fact. ign.* Unde quæſitum eſt, quomodo accipiendum, quod paſſim ſimpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem ſolutum repeti poſſe, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Verum interpretum ſententia eſt, ſi nulla ſubeſt naturalis obligatio, etiam ejus, quod per errorem juris ſolutum eſt, repetitionem eſſe: in quam ſententiam & ipſe concedo, cum *D. Zaſ. ad rubr. hoc tit n 5. Sichard. ad rubr. & l. 1. C. eod. Weſemb. par. eod. n. 9. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 8 num. 3 Bachov. de act. diſp. 4. theſ 17. Io. Arn. Corvin. in Enchiridio, tit. quib. mod. re contr. obl.* Movet me primum hæc ratio, quod condictio debiti ex bono & æquo datur, *l hac condictio 66. hoc tit. de cond. ind.* cui omnino conſequens eſt, eam non niſi exceptione æquitatis ex adverſo excludi poſſe. At quam æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid ſolutum eſt, quantumvis per ignorantiam juris, quod natura non debetur, ſive quod cauſa debendi jure non valet, ut omnino non debeatur, ſive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compenſetur, *l. quæcumque 14 de compenſ.* acceſſiones non admittat, *l. 3. § 1. de pec. conſt. l. 7. de fidejuſſ* cum prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det niſi cum exceptione, quo ipſo oſtendit, ſe id pro debito non habere: per *l. 9. de jurej.* quis credat, ſi id vel per errorem juris ſolutum ſit, retineri poſſe? Ut ecce, ſi quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coëgerit, ut promitteret, non poſſum adduci ut credam, ſolutum ex his cauſis retineri poſſe, atque improbitatem ſuam cuiquam prodeſſe, hoc ſolo prætextu, quod ſolvens in jure erravit, ignorans ſe adjuvari potuiſſe exceptione doli mali aut quod metus cauſa. Et ne videamur ſine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens eſt in *l. qui ſe debere 7. cond. ca. dat.* Ubi diſerte Julianus poſt Nervam & Attilicinum reſpondet, pecuniam ſolutam ab eo, qui ſe debere putabat, cum exceptione doli mali ſe tueri potuiſſet, repeti poſſe, ac proinde ſolutam errore juris. Similes loci ſunt in *l. cum is 32. §. 1. l. ſi fidejuſſor. 59. de cond. ind. l. 5. C. eod. l. quæ fideicommiſſa. 79. de leg. 2.* & apertiſſimus in *l. 1. ut in poſſ. leg. in po. fac item l. mandatum 57. mandat.* Porro etiam me movet, quod in toto *tit. ff. de cond. ind.* quamvis prolixo, nusquam aut tantum errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, ſed perpetuo tribuitur errori ſimpliciter, ſive quod ſolutum eſt omnino non debeatur, ſive propter exceptionem perpetuam exigi non poteſt, *l. ſi non ſortem 26. §. 3. l. qui exceptionem 40. l. ex his omnibus 54. eod.* ut vel hinc intelligere liceat errorem quidem, qualiſcumque ſit repetitioni non obſtare, ſed obſtare ſolvendis ſcientiam & quidem ſolam: quod luculenter probat tum *d. l. ſi non ſortem §. 3. & l. 24. eod.* tum ratio, ob quam placet eum, qui ſciens indebitum ſolvit, non repetere; nimirum quia donaſſe intelligitur, *l. cujus 53. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob. ca. dat.* quod de eo, qui ſe ſolvendi adſtrictum putat, dici non poteſt. Poſtremo illud me movet, & vel maxime, quod traditur in *l. 8. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis admittendæ rei ſuæ ignorantiam juris nocere: ex eo enim perſpicue evincere mihi videor, etiam id, quod per errorem juris indebitum ſolutum eſſe, condici poſſe: nam ſi hoc negamus; illud fateamur neceſſe eſt, errorem juris etiam in amittenda re ſua cuique nocere, contra ſententiam Papiniani in *d. l. 8.* Neque video quid ad hoc reſponderi ſine cavillatione poſſit. Nam certe illa Neotericorum diſſentientium reſponſio captioſa eſt, quod condicens non laborat de re amittenda, ſed de amiſſa: ſi enim per errorem juris ſolvens ita rem ſuam amittat, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei ſuæ ei nocet. Neque vero de tempore condictionis inſtituendæ quæritur, ſed factæ ſolutionis: negatque Papinianus errantem in jure rem ſuam amittere, videlicet ſic, ut eam nunquam poſſit repetere: & quod idem Papinianus in *l. 7. eod.* definit, ignorantiam juris ſuum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Neque hic obſtat *l. 29. § 1. mand.* nam illic proponitur ſpecies, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua ſe tueri poterat; & fidejuſſor, qui cum id non ignoraret, nihilominus tamen ſolvit; negaturque hoc caſu fidejuſſori competere actionem mandati: de condictione autem nullum ibi verbum. Quod vero dicitur juris ignorantiam nocere, *l. 9. de jur. & fact. ign.* ſic accipiendum eſt, non prodeſſe, lucro non afficere; cæterũ nec damno. Cæterum meminiſſe oportet ejus, quod initio diximus, ita errorem juris non impedire quominus ſolutum condici poſſit, ſi nulla ſubſit naturalis obligatio. Quod ſi is qui ſolvit, naturalis qualis debitor eſt, quæ res ſimul juſtam retentionis cauſam accipienti tribuat, hoc ſane caſu juris inter & facti errorem diſtinguendum erit, ut alteri dene-

denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut ecce; cum eſſem filiusfam. mutuam pecuniam contra Senatusconſultum accepi, & paterfam. factus ſolvi: ſi per ignorantiam juris, non repetam, ſi per errorem facti, contra, *arg. l. qui exceptionem 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. ſeq. junct. l. ult. de ſen. Mac.* Solvi legatum vel fideicommiſſum ſecundum voluntatem teſtatoris, ſed minus ſolemnem: ſolvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia; ſi errore facti, repetitionem habeo; ſi errore juris, non item; *l. 2. C. ſi adv. ſol. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falc.* Non equidem ideo, quod hic ſolus error juris mihi noceat, ſed quod ſimul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas teſtatoris, per *l. 2. C. de fideicom. l. in teſtamento 38. de fideic. lib. l. 5. §. ſi quis 15. de don. int. vir. & ux.* juſtam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut ſimiles caſus accommodandi ſunt alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur: ut in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 6. C. cond. ind.* Nam profecto ob hoc ſolum, quod ego in jure erravi, tu juſtam retinendi ejus, quod tibi nullo jure debetur, cauſam habere non potes: & hic melius eſt favere repetitioni, quam adventitio lucro, per *l. non debet 41. §. 2. de reg. jur.*

4 *Magis ex diſtractu, quam ex contractu*] Obligatio indebiti per errorem ſoluti non eſt ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio eſt ex mutuo conſenſu & conventione. At neque qui in ſolutum dat, eo animo eſt ut accipientem ſibi obliget; neque qui accipit, ut alteri obligetur: ſed datur & accipitur obligationis, quæ ſubeſſe putatur, tollendæ cauſa. Verum, extra id quod agitur, tacite hæc obligatio naſcitur, *l. 13. in fin. commod.* nimirum ex conſenſu victo & præſumpto, & ideo quaſi ex contractu: nam & qui ſolvit, interpretatione juris exiſtimatur eo animo eſſe, ut ſi indebitum ſit, accipientem ad reſtituendum obliget, & qui accipit, ea conditione accipere, ut nihil alienum injuria retineat: quæ res ſpeciem quandam contractus & negotii invicem geſti habet, *l. ſi in area 33. de cond. ind.* verum autem contractum non efficit, *l. non omnis 19. de reb. cred.* quod etiam ex eo intelligere licet, quod condictio indebiti non datur ultra, quam locupletior factus eſt, qui accipit, *l. ſi non ſortem 26. §. libertus 12. de cond. ind.* ſi vero ex contractu & conventione deſcenderet, daretur in ſolidum. Illud paulo pinguius dicitur, accipientem obligari ex diſtractu: nam ſi eſſet ex diſtractu obligatus, ex quaſi contractu non eſſet; quippe diſtractus & contractus nulla ſimilitudo eſt: neque ex eo, quod vere & expreſſe agitur, hic naſcitur obligatio, ſed extra id tacite inducitur, ut jam oſtenſum eſt. Ac ne illud quidem verum eſt, ullum hic intervenire diſtractum; cum nulla præcedat obligatio, quæ diſtrahatur: neque putandum, hoc Imperatorem ſenſiſſe, cujus mens ſatis plana eſt, hæc ſcilicet, eum cui indebitum per errorem ſolutum eſt, non obligari ex contractu; quoniam qui ſolvendi animo pecuniam dat, hoc non agit, ut accipientem ſibi obliget, ſed ut obligationem, qua ſe teneri falſo putat, diſtrahat & diſſolvat; & qui accipit, non ea mente eſſe, ut ſe obliget alteri, ſed ut alterum, quem ſibi obligatum exiſtimat, ea obligatione liberet: quanquam neutrum revera fiat.

TEXTUS.

Quibus ex cauſis debitum ſolutum non repetitur.

7. *Ex quibusdam tamen cauſis repeti non poteſt, quod per errorem non debitum ſolutum ſit: ſic namque definierunt veteres. Ex quibus cauſis inficiãdo lis creſcit, ex iis cauſis non debitum ſolutum repeti non poſſe: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa conſtituta, per damnationem cuique legata fuerant: noſtra autem conſtitutio cum unam naturam omnibus legatis & fideicommiſſis indulſit, hujusmodi argumentum in omnibus legatis & fideicommiſſis extendi voluit: ſed non omnibus legatariis hoc præbuit, ſed tantummodo in iis legatis & fideicommiſſis, quæ ſacroſanctis Eccleſiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honoratur, relicta ſunt; quæ ſi indebita ſolvantur, non repetuntur.*

NOTÆ.

7. Repeti non poteſt] Quaſi ſolutum transactionis cauſa ad evitandum periculum dupli.

Ex quibus cauſis inficiando] Hoc eſt ex quibus actio adverſus confitentem in ſimplum datur adverſus negantem in duplum, *l. 23. §. pen. ad leg. Aq. §. 26. inf. de act.* Paul. *1. ſent. 19.*

Item ex legato] Et tertio ex cauſa depoſiti miſerabilis, *l. 1. § 1 & ſeq. depoſ. d. §. 26. inf. de act.* Sed nec quod transactionis cauſa *l. 65. §. 1. de cond.*

cond. ind. aut dotis nomine datum eſt opinione debiti, repetitur, *l. 32. §. 2. eod.*

NON REPETUNTUR] Nam ſublata falſa opinione, relinquitur pietatis cauſa, ex qua ſolutum repeti non poteſt. Julian. *l. 32. §. 2. de cond. ind.*

COMMENTARIUS.

1. *Cauſa, ex quibus lis per inficiationem creſcit.*
2. *Cur ex his cauſis veteribus placuerit, indebitum per errorem ſolutum repeti non poſſe.*
3. *Nonnulla alia cauſa, ex quibus indebitum errore ſolutum non repetitur: & quid hic moribus noſtris.*

SUnt quædam cauſæ, ex quibus indebitum per errorem ſolutum repeti non poteſt: cujusmodi ſunt illæ, in quibus lis ſeu actio per inficiationem creſcit, hoc eſt, ex quibus actio adverſus confitentem in ſimplum datur, adverſus negantem in duplum, *l. inde Neratius 23. §. pen. ad leg. Aquil. §. ſed furti 26.*
1 *inf. de act. Paul. ſent. 19.* Creſcit hoc modo lis per inficiationem tribus in cauſis, uno loco comprehenſis à Juſtiniano *d. §. ſed furti.* Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, *d. l. inde Neratius §. pen. l. item veniunt. 20. §. 4. de her. petit. l. 5. §. 2. de ſerv. corr. Paul. d. loc.* Deinde in actione depoſiti miſerabilis id eſt, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa factum eſt, *l. 1. §. 1. cum ſeqq. depoſ.* Poſtremo in actione legatorum, religionis aut pietatis intuitu relictorum, *d. §. ſed furti.* Ex his cauſis ſi quis per errorem ſolvit, quod non debebat, ejus ſecundum definitionem veterum nullam repetitionem habet, *l. 4. C. de cond. ind. & hoc tit.* Cujus rei ratio perobſcura eſt: nam manifeſta æquitas reclamare videtur.
2 Non habeo quod reſpondeam, niſi quod veriſimile eſt, certis in cauſis receptum fuiſſe, ut interrogati in jure, ſi negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde poſtea inductum ut qui ex his cauſis conventus ſolviſſet, quantumvis indebitum, non repeteret; quaſi ſimplum ideo ſolverit, ne inficiando periculum dupli ſubiret: & ita quaſi tranſigendo hoc periculum à ſe amovere voluerit. Oportet vero cauſam aliquam ſubeſſe, verbi gratia, damnum eſſe datum, licet forte non ab eo, qui convenitur, ſed ab alio, legatum aliquod, in pios uſus relictum eſſe, licet forte minus ſolemniter. Nam ſi nullum damnum datum ſit, aut nihil relictum, puto, locum eſſe repetitioni: quod etiam interpretes notant. Excipiuntur & aliæ cauſæ, ex quibus indebitum per errorem ſolutum non repetitur, ut cauſa dotis & tranſactionis. Quod dotis nomine ſolutum eſt, puta à matre aut ſorore, licet falſa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur, uti traditum *in l. cum is 32. §. 2. de cond. ind.* Similiter quod tranſactionis cauſa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites reſuſcitentur, *l. in ſumma. 65. §. 1. eod. l. 2. C. de tranſact.* Excipiunt & cauſam judicati; ſed male; quoniam regula eſt de indebito ſoluto: at quod ex cauſa judicati ſolvitur, id vel maxime debitum eſt: quippe quod etiam ab invito exigi poteſt: ut mirum non ſit, pecuniæ ex ea cauſa ſolutæ repetitionem non eſſe, *vid. Cujac. par. Cod. de cond. ind.*

Per damnationem] In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione creſcebat. *Paul. 1. ſent 19.* quod in his legatis receptum fuiſſe videtur propter ſeveritatem judicii teſtatoris, hæredem ſuum date damnantis, haud ſecus ac judex reum convictum condemnat; quaſi majori odio dignus ſit, qui inficiatur, quod teſtator tam enixe voluit, & ſevere imperavit, quam qui legatum ſimpliciter datum negat.

Noſtra autem conſtitutio] Conſtitutione Juſtiniani, quæ extat *in l. 2. C. comm. de legat.* legatis omnibus & fideicommiſſis eadem natura attributa eſt. Illa autem conſtitutio, qua jus, de quo hic agitur, ad legata & fideicommiſſa religionis aut pietatis cauſa relicta coarctavit, non extat; & credibile eſt, Græce ſcriptum intercidiſſe.

Religionis vel pietatis] Religionis intuitu quid relinquitur eccleſiis, cœnobiis: pietatis intuitu xenodochiis, noſocomiis, orphanotrophiis, &c. Noſtris moribus jus hoc §. conſtitutum exolevit, nullaque lis creſcit inficiando. *Grœnevv. de leg. abrog. hic.*

TITULUS XXIX.

Cod. lib. 4. tit. 27.

Per quas perſonas obligatio acquiritur.

Ratio ordinis.

HUc usque expoſitæ ſunt duæ illæ obligationum cauſæ, contractus & quaſi contractus. Quoniam autem ex his cauſis non tantum per nosmetipſos & facto noſtro obligationem acquirere poſſumus, ſed etiam per eos, qui in poteſtate noſtra ſunt, vel revera, vel juſta opinione noſtra, de eo nunc concluſionis loco aliquid ſubjicitur, ad eundem modum, quo *ſup. lib. 2.* diſputationem de acq. rer. dominio concludit titulus *per quas perſ. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad perſonas, per quas acquiritur, cauſam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio eſt.

TEXTUS.

De his qui ſunt in poteſtate.

Expoſitis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quaſi ex contractu naſcuntur, admonendi ſumus, acquiri nobis non ſolum per noſmetipſos, ſed per eas quoque perſonas, quæ in noſtra poteſtate ſunt, veluti per ſervos & filios noſtros: ut tamen quod per ſervos noſtros nobis acquiritur, totum noſtrum fiat: quod autem per liberos, quos in poteſtate habemus, ex obligatione fuerit acquiſitum, hoc dividatur ſecundum imaginem rerum, proprietatis & uſusfructus, quam noſtra decrevit conſtitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus uſumfructum quidem habet pater, proprietas autem filio ſervetur, ſcilicet patre actionem movente, ſecundum novellæ noſtræ conſtitutionis diviſionem.

NOTÆ.

QUOD AUTEM LIBEROS] Quod ad perſonas, per quas acquiritur, cauſam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio eſt.

PATRE ACTIONEM MOVENTE] Utpote qui non nudus ſit fructuarius, ſed ſimul etiam legitimus bonorum adminiſtrator. Filii tamen conſenſus quoque adhibendus, niſi adhuc in prima ætate ſit conſtitutus, *l. ult. §. 3. C. d. t.*

NOVELLÆ NOSTRÆ CONSTITUT.] *d. l. ult.* Novellam vocat, eo quod lata eſt priore Codice jam edito. In ſumma ſic habe. Ex caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio filius ſibi pleno jure actiones acquirit, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio ſibi proprietatem, patri uſumfructum.

COMMENTARIUS.

VEluti per ſervos] Quemadmodum res cæteræ per ſervos noſtros nobis acquiruntur, ſic etiam obligationes, earúque jus integrum ac ſolidum ad dominum pertinet, *l. 1. & paſſim de ſtip. ſerv. & ſup. eod. tit.* ubi de hoc explicatum eſt.

Quam noſtra decrevit conſtitutio]. Theophilus διέκρινε, *diſcrevit.* Intelligit autem, *l. cum oportet 6. C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia, quæ peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum uſumfructum aſſignet patri, filio proprietatem. Peculii profectitii, caſtrenſis & quaſi caſtrenſis quæ ratio ſit, docetur *§. 1. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* Unde ſummatim illud intelligitur, ex caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio filium ſibi pleno jure actiones acquirere ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio ſibi proprietatem, patri uſumfructum.

Secundum novellæ noſtræ] Licet ex cauſa peculii adventitii filiof. proprietas quæratur, patri tantum uſusfructus, quod minus eſt: placet tamen, ſolum patrem actiones exercere & excipere, utpote qui non nudus ſit fructuarius ſed ſimul etiam legitimus bonorum adminiſtrator. Adhibendus tamen eſt filii quoque conſenſus, niſi is in prima adhuc ætate ſit conſtitutus, vel longe abſit, *l. ult. §. ubi autem 3. C. de bon. quæ lib.* quæ eſt illa novella conſtitutio, cujus hic meminit Juſtinianus. Novellam vocat, eo quod lata eſt priore Codice jam edito, qui ſolus tunc cum inſtitutiones ſcriberentur, pro Codice erat. Nam conſtitutiones emiſſæ poſt priorem Codicem, novellæ vocitatæ ſunt usque ad poſterioris Codicis, cui inſertæ ſunt, editionem; quemadmodum nunc conſtitutiones promulgatæ, poſt ſecundum Codicem, Novellarum titulo circumferuntur.

TEXTUS.

De bona fide poſſeſſis.

1. Item per liberos homines & alienos ſervos, quos bona fide poſſidemus, acquiritur nobis, ſed tantum ex duabus cauſis, id eſt, ſi quid ex operis ſuis, vel ex re noſtra acquirant.

De ſervo fructuario, vel uſuario.

2. Per eum quoque ſervum, in quo uſumfructum, vel uſum habemus, ſimiliter ex duabus iſtis cauſis nobis acquiritur.

COMMENTARIUS.

ETiam per eos, qui à nobis bona fide poſſidentur, ſive liberi ſint, ſive ſervi alieni; item per ſervos, in quibus uſumfructum habemus, obligatio nobis acquiritur: cæterum duabus duntaxat ex cauſis, ex operis eorum, & ex re noſtra. Sed & hoc pluribus explicavimus *ſub. §. de iis autem 4. ſup. per quas perſ. cuiqu. acq.*

Vel

Vel uſum] Has voces à vetuſtis quibusdam codicibus abeſſe notat Accurſ. & probabiliter delebuntur. Nam ſane uſuarius non idem jus habet, quod fructuarius, ut ex utraque prædicta cauſa acquirat. Conſtat enim ex operis ſervi, in quo nudum uſum habemus, nobis non aliter acquiri, quam ſi operis ejus utamur, in re noſtra, *l. per ſervum 14. l. ſi ita 16. §. 2. l. ſervus 20. de uſu & habit. vid. ſup. §. 3. eod. tit.*

TEXTUS.

De ſervo communi.

3. Communem ſervum pro dominica parte dominis acquirere certum eſt, excepto eo, quod nominatim uni ſtipulando, aut per traditionem accipiendo illi ſoli acquirit; veluti cum ita ſtipulatur, Titio domino meo dare ſpondes? *Sed ſi domini unius juſſu ſervus fuerit ſtipulatus, licet antea dubitabatur: tamen poſt noſtram deciſionem res expedita eſt, ut illi tantum acquirat, qui hoc ei facere juſſit, ut ſupra dictum eſt.*

COMMENTARIUS.

SI ſervus communis ſit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirat, diſces ex §. *ult. ſup. de ſtip. ſerv. & ibi notat.*

Poſt noſtram deciſionem] Eſt *l. ult. C. per quas perſ. nob. acq.* ubi veterum ſuper re propoſita controverſiam decidens ſit in ſumma cavet: Cum unus ex dominis ſervum ſtipulari jubet; & is nominatim alteri domino ſtipulatur, ſiquidem is, qui juſſit ſervum ſtipulari, juſſit ſpecialiter, ut ſtipularetur ſibi, ſeu ſuo jubentis nomine, ſtatuit Juſtinianus, ut ſtipulatio acquiratur jubenti, ita & hoc caſu plus valeat juſſio, quam nominatio: ſin autem is, qui juſſit ſervum ſtipulari, ſimpliciter juſſit, hoc caſu vult obligationem acquiri nominato; ut hic nominatio plus valeat, quam generalis juſſio; cujus diſtinctionis meminiſſe debuerat Tribonianus. Quod ſi ſimpliciter ab uno ſtipulari juſſus, ſimpliciter quoque, id eſt, nullo dominorum nominato, ſtipulatus fuerit, hunc caſum apud veteres jus centum habuiſſe indicat, ut tunc ei ſoli acquiratur, qui juſſit

TITULUS XXX.

D. lib. 4. t. 2. 3. 4. C. lib. 8. t. 42. 43. 44.

Quibus modis tollatur obligatio.

Continuatio. Quibus modis aut ipſo jure, aut per exceptionem, tollatur obligatio.

EXplicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahatur: commodum nunc ſubjungitur, quomodo recte ab initio conſtituta diſtrahatur, ejusque nexu debitor liberetur: quanquam & differri hæc tractatio potuit, donec de obligationibus quoque quæ ex delicto, vel quaſi ex delicto naſcuntur, præceptum eſſet. Modi diſtrahendarum obligationum multi ſunt, quorum alii ipſo jure liberant, alii per exceptionem ſeu tuitione prætoris. Ipſo jure liberant ſolutio, acceptilatio, novatio, diſſenſus utriusque partis interdum, obligationis confuſio, *l. ſicut 75. l. pen. de ſolut. l 7. C. de pact.* debiti obligatio & conſignatio, *l. 9. C. de ſolut.* compenſatio, §. *in bona 30. inf. de act.* duarum cauſarum lucrativarum in eandem rem & perſonam concurſus, *l. omnes 17. de obl. & act.* rei debitæ ante moram à debitore factam contingens interitus, *l. ſi ex legati 23. de verb. obl.* & ſi quæ ſunt generis ejusdem. Per exceptionem liberamur teſtamento, pacto, ſententia, jurejurando, tempore, &c. De liberatione per exceptionem dicetur *infr. lib. 4. tit. de except.* Hic tantum traduntur modi, quibus obligatio perimitur ipſo jure, atque ex his duntaxat hi quatuor maxime celebres, ſolutio, acceptilatio, novatio, mutuus conſenſus. Pleroſque alios data occaſione alibi interpretati ſumus.

TEXTUS.

De ſolutione.

Tollitur autem omnis obligatio ſolutione ejus, quod debetur: vel ſi quis conſentiente creditore aliud pro alio ſolverit. Nec intereſt, quis ſolvat, utrum ipſe, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio ſolvente, ſive ſciente, ſive ignorante debitore, vel invito eo ſolutio fiat. Item ſi reus ſolverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, ſi fidejuſſor ſolverit: non enim ipſe ſolus liberatur, ſed etiam reus.

NOTÆ.

QUIBUS MODIS TOLLITUR] Ipſo ſcil. jure, de liberatione per exceptionem dicetur *lib. 4. tit. de except.*

ALIUD PRO ALIO] *l. 17. de ſolut.* Invito autem creditori aliud pro alio ſolvi non poteſt, *l. 2. § 1. de reb. cred.* Qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio ſolvere, arg *l. 1. de cont. empt. l. 65. §. 1. de verb. obl.* Sen. 6. *de ben. 5. Pecuniam dicimus reddidiſſe, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.*

VEL INVITO EO] *l. 23. l. 40. l. 53. de ſolut.* quoniam & naturali & civili ratione licet conditionem alterius, quamvis ignorantis & inviti, facere meliorem, *l. 39. de neg. geſt.*

COMMENTARIUS.

1. Solutionis verbum quam late pateat, & quid in ſpecie denotet.
2. Aliud pro alio invito creditore ſolvi non poſſe: conſentiente autem poſſe. n. 8.
3. Quibus caſibus æſtimatio aut aliud pro re debita recte præſtetur.
4. Ad juſtam ſolutionem requiri, ut ſolvatur ſimul & ſemel totum, quod debetur.
5. Confirmatur hac ſententia adverſus opinionem Alciati, etiam partis ſolutionem invito creditore admittentis.
6. Reſpondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.
7. Interdum nec parte à volente creditore accepta pro ea parte liberationem contingere, & quando.
8. Licere unicuique pro debitore ſolvere, etiam ignorante & invito, ut ipſo jure liberetur; cum remotione contrariorum.
9. Quid ſi creditor ſolutionem ab alio oblatam recuſet accipere. Et quid ſi alius pro emphyteuta velit canonem ſolvere, quo is pœnam commiſſi evitet.
10. Fidejuſſore ſimpliciter ſolvente utrum reus ipſo jure liberetur, an per exceptionem.

T*Ollitur omnis obligatio ſolutione*] Primus modus, quo ipſo jure obligatio tollitur, ex quatuor hic propoſitis, eſt ſolutio. Solutionis verbum &
1 generale eſt & ſpeciale. Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocunque modo factam pertinet, referturque tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta eſt, præſtationem, quam ad ipſius obligationis, quæ quavis liberatione tollitur, ſubſtantiam, *l. ſolutionis 54. de ſolut. junct. l. liberationis 47. l. ſolutionis 176. de verb. ſign.* Specialiter autem accepta vox ſolutionis unum tantum tollendæ obligationis modum denotat, naturalem ſcilicet, ſive realem, ut nunc loquuntur præſtationẽ ejus, quod debetur. Itaque contra in hac ſignificatione ſolutio ad rem debitam refertur, quæ cum præſtatur, ſolvitur, id eſt, liberatur eo nexu, quo cum ipſo debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta ſejungitur ſolutio à ſatisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præſtationem liberatio contingit, *l. ſolutum 49. l. ſatisfactio 52. l. prout 80. & c. de ſolut. l. 9. §. 3 de pign. act. l. 4. §. 3. de re judic.* & in hac ſpeciali ſignificatione etiam accipitur hoc loco. Ait, *Omnis obligatio*, id eſt, cujuscunque ea ſit generis, aut quomodocunque contracta: quod non item in alias omnes ſpecies liberationis cadit.

Ejus quod debetur] Recte *ejus, quod debetur*: nam 2
aliud pro eo, quod debetur, invito creditore ſolvi non poteſt, ut ſequatur liberatio, *l. 2. §. 1. de reb. cred. l. eum 16. C. de ſolut.* veluti ſi pro pecunia debita certa ſpecies obtrudatur creditori, vel pro ſpecie debita offeratur alia ſpecies aut ſpeciei debitæ æſtimatio: vel ſi factum pro facto ſolvatur, *l qui res 98. §. mihi 6. de ſolut.* Nummi quidem in alia forma reddi poſſunt, niſi hoc damnoſum ſit creditori, *l. creditorem 99. eod.* ſed hoc caſu non intelligitur aliud pro alio ſolvi; *vid. ſup. not. ad pr. quib. mod. recontr.*
obl. Sunt ſane nonnulli caſus, quibus placet debito- 3
rem poſſe æſtimationem pro re debita præſtare. Sed hi ſingulares ſunt: quippe in quibus neceſſitas hoc exprimit; veluti ſi res debita poſt moram periit; *l. 8. de cond. furt.* aut extat quidem ſed aliena eſt, & eam dominus non vendat, *l. ſi domus 71. §. 3. de legat. 1.* ſimilemque rationem habet ſpecies *l. non amplius 26. §. 2. eod. tit.* Idem aliquando ſuadet & favor; ut in caſu *d. l. ſi domus, §. 3. in fin.* At vero extra hujuſmodi caſus & cauſas aliud pro re debita diſſentiente creditore non recte ſolvitur, niſi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit. Veluti in cauſa noxali: ex qua cum ſolam damni æſtimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditione liberatur, *l. 6. §. 1. de re judic.* item in obligationibus faciendi; ubi ſibi factum non eſt, quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, ſed tamen debitor ante litem conteſtatam faciendo liberatur; quoniam hanc poteſtatem ab initio ex conventione accepit, *l. ſtipulationes*
72. junct l ſi inſulam 84. de verb. oblig. Ad hæc ſcien- 4
dum eſt, ad juſtam ſolutionẽm requiri, ut ſolvatur ſimul & ſemel totum, quod debetur, utique ſi creditor deſideret: natura enim obligationis poſtulat, ut eodẽ modo, quo quæq; contracta eſt, diſſolvatur, *l. prout 80. de ſolut. l. nihil 35. de reg. jur.* ac proinde non diſſolvitur, niſi res inde debita ita præſtetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem ſemel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non poteſt. Sed quoniam hanc ſententiam in dubium vocat & impugnat vir ſummi judicii & auctoritatis Andr. Alciatus *in l. quidam 21. de reb. credit.* contendens creditorẽ etiam partem debiti, quæ offeratur, cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & pe-

& periculo rei oblatæ illigari; age paulo diligentius eam & explicemus & adſtruamus. Ajo igitur, contra quam exiſtimat Alciatus, debitorem non poſſe partem rei debitæ ſolvere invito creditore. Quod hanc habet ſententiam, debitorem non poſſe partem debiti ita offerre, ut creditore recuſante accipere poſſit eam partem offerre & obſignare hoc effectu, ut vel oblatione mora ejus, ſi qua interceſſit, purgetur, vel obſignatione pro parte, quam obtulit, liberetur: & quod idem fere valet, ajo, ſi debitor ejus, quod totum ex aliqua cauſa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nullumque eſſe hujus obligationis effectum. Confirmat hanc ſententiam præter id, quod modo attuli, de natura obligationis & jure creditori inde quæſito, quod reſpondetur *l. 3. fam. erc.* & quotidiana experientia docet partium ſolutionem multa incommoda habere, & ideo damnoſam eſſe creditori. Jam vero conſtat non poſſe cogi creditorem accipere, quod aliter offertur, quam obligatio contracta eſt, ſi ex ea re damnum aliquod metuat, *l. creditorem 99. de ſolut.* Conſentiat auctoritas Modeſtini *l. tutor 41. §. de uſur.* ubi diſerte Juriſconſultus reſpondet, debitore ſolam partem debiti obſignante, non retardari totius debiti uſurarum præſtationem, niſi expreſſe cautum ſit, ut liceret & partem ejus, quod acceptum eſt, ſolvere, ut in ſpecie *l. lecta, de reb. cred.* Conſentit & illud, quod Impp. reſcribunt, *l. 9. C. de ſolut.* obſignatione totius debiti ſolenniter facta liberationem contingere. Poſtremo, ita jus eſſe commune, vel ex eo intelligitur, quod jure ſingulari favore libertatis receptum eſt, ut hæres cogatur per partes accipere pecuniam, quam ſervus pro libertate dare juſſus eſt, *l. 4. §. 6. de ſtatu lib.* & quod in cauſis publicarum penſionum, quæ pro fundis patrimonialibus præſtantur, propria quoque conſideratione particularis ſolutio admiſſa, dum tribus cotannis vicibus totæ exſolvantur, *l. penult. Cod. de collat. fund. patrim. lib. 11.* Non adverſatur huic ſententiæ, quod ratio compenſationis pro parte obligationem tollit, *l. 5. C. de compenſ. l. 7. C. de ſolut.* Nam compenſatio auctoritate legum vim juſtæ ſolutionis habet, id eſt, ejus, quæ facta eſt volente creditore, atque ipſo jure pro ſoluto eſt, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore, ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *l. 4. C. de compenſ. l. 4. l. 11. & ſeq. ff. eod.* Neque textus in *l ult. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv.* ibi enim agitur de debitore ex diverſis cauſis obligato, atque ex una earum ſolidum, quod debet, offerente. Nos vero quærimus de uno debito & ex una cauſa. In contrarium quoque movit Alciatum, quod ſcriptum eſt in fine §. *1. h. t.* id quod debetur, pro parte recte ſolvi: ſed bene vulgo hoc ſic accipitur, ſi creditor ad partis ſolutionem admittatur: & illud, quod traditur *l. 2. §. 1. de verb. obl.* quaſdam obligationes partium præſtationem recipere, nimirum natura ſua, ut pars rei in obligationem deductæ præſtari & à creditore accipi poſſit; ad differentiam earum, quæ natura diviſionem non admittunt, ad quas hæc diſputatio pertinere non poteſt. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipſe textus in *l. quidem 21. de reb. cred.* quo præcipue movetur, noſtram potius ſententiam juvat: nam cum Juriſconſultus certum tantum caſum proponat, quo creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempe cum debitor de reliquo, quod an debeatur, non apparet, paratus ſit judicio contendere, hoc ipſo ſatis ſignificat, regulam eſſe in contrarium. Eademque ſententia eſt, *l. 8. ſi pars her. pet.* Illud in confeſſo, nec 7 parte à volente creditore accepta ſemper pro ea parte debitorem liberari, ſed conditionem obligationis hic inſpiciendam eſſe. Si obligatio non ſolum natura rei dividua eſt, ſed etiam conditione ſua, veluti ſi res una aut conjunctim plures, quæ diviſionem admittunt, promiſſæ ſunt, liberatio pro parte contingit: ſin minus, non niſi toto ſoluto, *l. 9. §. 1. l. ſi is cui 94. pr. de ſolut. l. 2. §. 1 de verb. obl.* Conditione ſua diviſionem non recipiunt, quamvis alioqui res natura ſua dividuas continuant hæ tres; obligatio generis; alternativa; pœnalis: in quibus omnibus placet debitorem partem rei ſolvendo pro ea parte non liberari, obſtante nimirum conditione obligationis. In ſtipulatione pœnæ hoc aperte efficit ipſa conditio, neque aliud ſine manifeſta injuria ſtipulatoris conſtitui poteſt, *l. 5. §. ult. de verb. obl. add. l. in executione 85. eod.* Ex duabus autem prioribus liberum quidem eſt debitori unam aliquam rem ex promiſſis ſolvere, non autem duarum rerum partes, quod alias evenire poſſet, *d. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de ſolut.* In acceptilatione hoc non metuitur, & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, *l. qui hominem 17. de acceptil. d. l. 2. §. 3. de verb. obl.* An quod in idem debetur, etiam ante diem recte ſolvatur, dixi ſub §. *2. ſup. de verb. obl.*

Conſentiente creditore] Creditore conſentiente 8 etiam res alia pro alia recte ſolvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quam ſi eadem res ſoluta eſſet, *l. manifeſti 17. C. de ſolut.* nempe creditori contento rem aliam pro debita accepiſſe ſatisfactum eſt. Satisfactio autem certo jure pro ſolutione cedit, *l. ſatisfactio 52. de ſolut.* Enimvero ita demum hic naſcitur liberatio, ſi res ſoluta in ſolidum accipientis fiat, ut avocari non poſſit; alioqui & manet priſtina obligatio, & manet pro ſolido, etiamſi pars tantum evicta fuerit, *l. ſi quis aliam 46. eod. t.* quod idem juris eſt in ſolutione ipſius rei debitæ, quæ propria

pria fuit debitoris, *l. ſi rem meam 20. l. cum quis 38. §. 3. l. qui decem 72. § pen. eod.*

Nec intereſt, quis ſolvat. &c.] Non tantum debitor ipſe recte ſolvit, ſed etiam alius pro eo, ut iſta ſolutione non minus liberetur, quam ſi ipſe ſolviſſet, *l.*
9 *manifeſte 17. C. de ſolut.* Quinimo placet licere cuique pro debitore ſolvere etiam ignorante eo & invito, *l. ſolutione 23. l. ſi pro 40. l. ſolvere 53. eod.* idque naturalis ſimul & civilis ratio ſuaſit, per quam licet conditionem alterius, quamvis inviti aut ignorantis, facere meliorem, *l. ſolvendo 39. de neg. geſt. d. l. ſolvere de ſolut.* Neque obſtat, quod traditur in *l. invito 69. de reg. jur.* Invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia, quæ à legibus conceduntur, referendum eſt, quibus uti nemo cogitur, *l. pen. C. de pact.* Vel eo ſenſu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbonici apud Plautum in *Trinum, act. 3. ſcen. 2*

Nullum benefi. ium.

Eſſe duco, quod quo facias, non placet.

Item illa Senecæ 2. *de benef. 19. Non eſt beneficium accipere cogi: Non eſt beneficium debere, cui nolis.* Et Theodorici regis apud *Caſſiod. lib. 5 epiſt. 39. Non eſt defenſio, quæ præſtatur invitis. Suſpectum eſt quod patiuntur nolentes* &c. & alibi: *Non eſt beneficium, quod præſtatur invitis: nec cuiquam videtur utile, quod adverſa voluntate conceditur.* Similiter nec pro beneficio reputandum erit, invitum & repugnantem liberari. Plane, ſi conſideremus animum benefacere volentis, & commodum, quod revera ad alium inde pervenit, non male beneficium etiam illud appellabimus, quod præſtatur nolenti & invito. Sic Seneca 5. *de benef. 20. Non eſt*, inquit, *dubium, quin beneficium ſit, etiam invito prodeſſe.* Idem *lib. 6. c. 23. & 24.* docet, beneficiorum maxima eſſe, quæ à parentibus accipimus, dum aut neſcimus, aut nolumus.

Liberatur enim & alio ſolvente] Et liberatur non ope exceptionis, ſed ipſo jure, perinde ac ſi ipſe ſolviſſet, ut ex hoc loco & præcitat. ll. intelligitur: efficitque hoc ipſum etiam manifeſta ratio juris: nam cum creditor accipit, quod eſt in obligatione, neceſſe eſt, eam extingui, ipſoque jure liberari debitorem. Nec adverſatur *l. 6. in fin. de dol. mal. exc.* alius enim caſus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hic quæritur, longe diverſus, ſcilicet cum quis alii ſolvit, quam cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit à veteri obligatione, nihil intereſt, ipſe ſolvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius ſolvat pro debitore ſciente & volente, an pro ignorante, ideoque pro invito & vetante. Ad jus vero repetendi quod attinet, hoc intereſt, quod ejus, quod pro invito ſolvi, recuperandi cauſa nullam actionem habeam; quod ſolvi pro volente, repetere poſſim actione mandati; quod pro ignorante, actione negotiorum geſtorum, *l. 6. §. 2. l. ex mandato 20. §. 1. l. ſi pro 40. mand. l. ult. C. de neg. geſt.*

Ignorante debitore vel invito] Sed quid ſi creditor 10
hoc caſu ſolutionem ab extraneo oblatam recuſet accipere, nonne audiendus erit? Minime quia nihil ejus intereſt, quis ſolvat. Et quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditori invito. Non cogitur quidem præciſe creditor accipere, nam nec ipſo quidem debitore offerente cogeretur: ſed quod debitor hic facere poteſt, idem poteſt & extraneus pecuniam ſcilicet oblatam obſignare & deponere, quæ obſignatio pro ſolutione cedit, *l. 9. Cod. de ſolut.* Plane, ſi creditoris interſit ſolutionem ab alio oblatam non recipere, puto recuſantem audiendum eſſe: & ideo, quod quidam exiſtimaverunt etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam commiſſi prodeſſe ſolutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obſtricto, factam, ſi forte ſolvens jus pignoris in re emphyteutica ſibi conſtitutum conſervare velit, (quippe quod reſoluto jure emphyteutæ & ipſum evaneſceret, *l. lex vectigali 31. de pignor.*) *argum. l. 12. §. 2. verſ. non ſolum, de uſufr. & d. l. 31 de pignor.* ſimpliciter probandum non eſt; ſed tunc demum, ubi dominus ultro eam ſolutionem admiſit: nam ſi recuſet accipere, non dubito; quin id jure faciat? quoniam per ſolutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoſcitur dominus, ut oportet, ab ipſo emphyteuta, neque poteſt quiſquam conditionem alterius deteriorem facere, *l. ſolvendo 39. de neg. geſt.* Ita ſentio cum *D. Tuld. comm. hic, c. 2.* Plane, ſi res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem ſolvit tanquam emphyteuta, magis eſt, ut ſolutio vero emphyteutæ proſit, adi *Iaſ. in l. 2. C. de jure emph. col. 20. quæſt. 25. Tiraq. de retract. gentil. §. 36. gloſſ. 2. num. 19. add. D. Bachov. lib. 5. de pign. c. 13. num. 3. & in Treutl. vol. 2. diſp 29. theſ. 3.*

Qui pro eo intervenerunt] Ut puta fidejuſſores & mandatores. Sed & reliquæ acceſſiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, *l. in omnibus 43. de ſolut.* Ratio perſpicua eſt, quia ſublata re principali etiam ea, quæ acceſſionis locum obtinent, intercidere neceſſe eſt.

Sed etiam reus] Et igitur eodem quoque modo reus liberatur ſolvente fidejuſſore, quo fidejuſſor ſolvente reo, hoc eſt ipſo itidem jure. De quo genere liberationis hic agitur. Interpretes vulgo id 11
quidem admittunt, cum fidejuſſor expreſſe ſolvere dicit nomine rei: cæterum ſi ſolvat ſimpliciter, quaſi ſuo tum nomine ſolvere intellgatur, contendunt, reum ipſo jure obligatum manere & defendi duntaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor conſequatur, *arg. l. Papinianus 28. mandat.* Ego vero cum Giphanio & Bachovio fidejuſſoris & mandatoris

datoris diverſam in propoſito cauſam arbitror. Nempe fidejuſſor ipſam obligationem rei principalis in ſe ſuſcipit, dum quod alius debet, fide ſua eſſe jubet; ac proinde ſi ſolvat fidejuſſor, ea ſolutio non poteſt non intelligi facta ejusdem obligationis nomine, quam idcirco tolli neceſſe eſt, & rerum quoque principalem ipſo jure liberari, ſecundum hunc textum. *Anton. Fab. Cod. ſuo defin. 17. de fidejuſſ.* Mandati vero alia ratio eſt: hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui verbi cauſa meo mandato pecuniam credidit Titio. Itaque niſi ego expreſſe nomine Titii ſolvero, ratio ſuadet, ut Titius non liberetur ipſo jure: quoniam meo nomine ex cauſa mandati ſolviſſe intelligor: & ideo creditor adhuc actiones ſuas adverſus debirorem mihi præſtare & poteſt & debet, *d. l. 28. mand. l Stichum 95. §. propen. de ſolut.* quod ſecus eſt, ſi ſolutio facta ſit à fidejuſſore, & in ſolvendo de cedendis actionibus nihil cautum, *c. fidejuſſoribus 17. l. cum is 36. l ut fidejuſſor. 30, de fidejuſſor. l. Modeſtinus 76. de ſolut. cum ſimilibus, vid. ſup. §. ſi plures 4. de fidejuſſ.*

TEXTUS.

De acceptilatione.

1. Item per acceptilationem tollitur obligatio: Eſt autem acceptilatio imaginaria ſolutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id ſi velit Titius remittere, poterit ſic fieri ut patiatur hæc verba debitorem dicere: Quod ego tibi promiſi, habesne acceptum? & *Titius reſpondeat*, Habeo. *Sed & Græce poteſt acceptilatio fieri; dummodo ſic fiat, ut Latinis verbis ſolet:* Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; Ἔχω λαβών. *Quo genere (ut diximus) tantum eæ ſolvuntur obligationes, quæ ex verbis conſiſtunt, non etiam cæteræ. Conſentaneum enim viſum eſt, verbis factam obligationem aliis poſſe verbis diſſolvi. Sed & id, quod alia ex cauſa debetur, poteſt in ſtipulationem deduci, & per acceptilationem diſſolvi. Sicut etiam quod debetur, pro parte recte ſolvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri poteſt.*

NOTÆ.

1. Per acceptilationem] Quæ eſt verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promiſſum eſt, rogatus à debitore, an id, quod ita debetur, acceptum ferat, reſpondet ſe acceptum ferre. Definitio Modeſt. *l. 1. de accept.* obſcurior eſt.

Conſentaneum viſum eſt] *l. 80. de ſolut. l. 35. de reg. jur.* Plane ſi quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, *leg. 19. de accept.* Nam inutilis acceptilatio ſaltem vim pacti habet, *d. l. 8. pr.*

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur Modeſtiniana acceptilationis definitio.*
2. *Traditur alia plenior & planior.*
3. *Acceptilationem non videri recte dici ſpeciem ſtipulationis.*
4. *Solutionis & acceptilationis communia & propria. & n. 7.*
5. *In forma acceptilationis quæ conſideranda.*
6. *Materia ſeu objectum.*

Etiam acceptilatione ipſo jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modeſtino, eſt liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodē nexu abſolutio, *l. 1. de accept.* Sed hæc Juriſconſulti definitio dura pleriſque & abſurda videtur; neque ſane immerito. Nam primum in 1
acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, ſed debitor duntaxat interrogat creditorem: deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, ſed ſolus debitor, qui & ſolus obligatus eſt. Sunt, qui hanc definitionem Modeſtini, propter illa verba, *per mutuam interrogationem*, accipiendam exiſtimant non de quavis acceptilatione, ſed de ea tantum, quam præcedit novatio & ſtipulatio Aquiliana; quoniam hæc ſpecies ſola mutua interrogatione conſtet, in ſtipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in ſubſequente acceptilatione vices commutentur, & interrogetur creditor: nec obſtare quod diſtinctæ ſunt ſpecies, ſtipulatio Aquiliana, & acceptilatio, quæ illam perimit: ut enim verbo ſtipulationis Aquilianæ & acceptilatio quæ eam ſequitur, ſignificatur; *l. 5. l. 15. de transact. l. 3. Cod. eod.* ita acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præceſſit, ſtipulationem adſignificari, Cujac. *5. obſ. 36. Hotom. 3. obſ. 18.* Cæterum probabilius meo quidem judicio dicemus, Juriſconſultum abuſive mutuam interrogationem appellaſſe, quæ in ſe quidem una eſt, ſed mutuam habet & ſubſequentem reſponſionem, tanquam partem præcedentis interrogationis; ut definitio generaliter concepta & in exorſu tractationis de acceptilatione

 pro-

propoſita, ad utramque ſpeciem referatur, & tam ſimplicem, quam eam, quæ fit præpoſita ſtipulatione Aquiliana, complectatur. Quod autem Modeſtinus ait, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu abſolutionem, id non paſſive in perſona utriusque accipi debet, ſed paſſive in perſona debitoris, active in perſona creditoris; ut hæc ſit ſententia, acceptilatio eſt liberatio, qua debitor abſolvitur, & creditor abſolvit, ab eodem nexu, quo debitor

2 nectitur, & creditor nectit. Plena & magis perſpicua definitio hæc eſt. Acceptilatio eſt verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promiſſum eſt, rogatus à debitore an id, quod ita debetur, acceptum ferat, reſpondet, ſeſe acceptum ferre liberandi ejus cauſa. Eſt verborum conceptio, quoniam verbis tranſigitur; id eſt, interrogatione & reſponſione certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant, *l. 1. C. de accept.* qualia veteribus promiſcue uſurpata ſunt hæc, *acceptum ferre, acceptum facere, acceptum habere. l. 6. l. 7. l. 13. §. 1. & deinceps, §§. & ll. ſeqq. eod.* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo conſenſu: fieri autem ac liberare ſine ſolutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, niſi pecunia vere ſoluta ſit, *l. ſi*

3 *accepto 19. eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant, removentque hinc ſtipulationem, quæ quidem & ipſa verborum conceptio eſt, ſed ad obligandum, non ad liberandum comparata. Scio, nonnullos acceptilationem ſpeciem facere ſtipulationis, quibus ſtipulatio duplex eſt, una obligatoria, altera liberatoria, (D. Tuldenus diſſolutoriam vocat) argum. *l. ſi unus 27. §. 2. de pact.* Sed neque veterum uſui, neque fini ſtipulationis, neque notationi verbi convenit, diſtractum nomine ſtipulationis appellare: & verba hæc Juriſconſulti *in d. l. 27. §. 2. Sicut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem,* non ſunt accipienda de acceptilatione, ſed de ſtipulatione novandi cauſa interpoſita. Addit enim, *Si hoc actum eſt.* Quæ verba auctores noſtri uſurpare ſolent, cum de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *l. 2. l. 6. & paſſ. de novat.* ita & *D. Cujac. in d. l. 27. §. 2. de pact.*

4 *Imaginaria ſolutio*] Solutio naturaliter obligationem reſolvit, acceptilatio civiliter, *l. pen. de ſolut.* nam in ſolutione debitor aliquid re ipſa & actu præſtat, in acceptilatione nihil: ſed tamen quaſi præſtiterit, liberatur, & acceptilatio ſolutioni comparatur, *l. 7. §. 1. de lib. leg.* adeoque imaginem ſolutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quaſi ſibi ſolutum eſſet: unde acceptilatio exemplo ſolutionis liberare dicitur, *l. 5. de accept.* & veluti ſolviſſe videri, cui accepto latum eſt, *l. 16. eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis non ad poteſtatem liberandi. Etenim in ſolutum accipiendo tam extraneus quivis, qui modo poteſtate creditoris in eo utatur, quam ipſe creditor, debitorem liberat, *l. 12. l. 14. §. 1. de ſolut.* & contra debitor liberatur, non modo ſi ipſe ſolvat, ſed etiam ſi quivis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum *pr. hujus tit.* At vero acceptilatione nemo debitorem liberare poteſt, præterquam ipſe creditor, nemo liberari, niſi ipſe debitor per ſe: adeo ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licet interpoſito ſpeciali mandato, liberentur aut liberent, *l. 13. l. tutor 10. l. pen. de acceptil.* quoniam ſcilicet actus legitimi ſolennitas per alium peragi non poteſt, *l. nemo 123. junct. l. actus 77. de reg. jur.* Atenim quo recta nequit, ex obliqua via pervenitur adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator ſpeciale mandatum habens, domini obligationem novatione in ſe transferant, translatamque deinde ſuo nomine acceptam ferant aut rogent, *d. l. 13. §. tutor.* & cave aliud colligas ex *l. 3. eod. Cujac. 15. obſ. 16.*

Græce poteſt fieri] Forma acceptilationis eſt illa, quam ſupra expoſui, verborum conceptio, ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire neceſſe eſt, & talia, quæ liberationi conveniant. Et olim quidem hic actus, utpote civilis & legitimus, civilibus duntaxat & legitimis verbis, ac proinde non niſi Latinis explicari potuit: ſed poſtquam utilitatis cauſa receptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus recte interponeretur, illud quoque admittendum fuit, ut interponi poſſet etiam peregrina lingua. Quod ſignificat Ulpianus *l. 8. §. ult. de accept.* Ubi ait, *hoc jure nos uti, ut juris gentium ſit acceptilatio,* id eſt, ut etiam ii, qui cives non ſunt, accepto rogent & ferant: Unde mox, *& ideo puto,* inquit, *& Græce poſſe acceptum fieri* ducens hoc conſequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubie exemplo ſtipulationis inductum, quæ & in ipſa antea Latinis tantum verbis concipiebatur: ſed uſu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id eſt, quavis alia, quam Latina, fieri poſſet, dummodo ſenſus congrueret, & uterque vel per ſe vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l. 1. §. ult. de verb. obl. §. 1. ſup. eod.* In forma acceptilationis illud obſervandum, ne concipiatur in diem aut ſub conditione, alioqui nullius momenti erit. Quippe quæ exemplo ſolutionis liberare ſolet, *l. 4. & l. 5. de accept.* & actus eſt legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, l. *actus 77. de reg. jur.* Plane quod in diem aut ſub conditione debetur, pure acceptum ferri poteſt, quamvis eadem illa huic acceptilationi tacite inſint, ac proinde non prius valeat, quam ſi conditio extiterit aut dies venerit. Sed novum non eſt, ut ea non expreſſa non noceant, quæ

aperte

aperte comprehenſa vitium afferunt, *l. 12. de accept. d. l. actus 77. de reg. jur. l. expreſſa 195. eod.* Eleganter hæc explicat D. Briſſonius *lib. 2. de ſolut. tit. de acceptil.*

6 *Quæ verbis conſiſtunt, non etiam cætera*] Materia ſive res, quæ in acceptilationem deduci poteſt, eſt debitum verbis antea contractum. Primum ut valeat acceptilatio, debitum eſſe oportet, quod acceptum rogatur & fertur: ſi aliud, quam quod debetur & reveta eſt in obligatione, acceptum rogatum, aut latum fuerit, acceptilatio inutilis eſt, nec inde liberatio naſcitur, *l. 6. in fin. l. 13. §. 2. & §. eum qui 5 eod.* & hoc eſt, quod definitur *in l. 14. eod.* niſi conſentiat acceptilatio cum obligatione, & niſi verum ſit, quod in acceptilatione demonſtratur, imperfectam eſſe liberationem; videlicet propter defectum materiæ, cui acceptilatio ſeu liberatio applicetur: de quo vid. *D. Ioan. Wameſ. cent. 1. conſ 73. n. 13.* Præter debitum autem ſi quid amplius adjiciatur, non vitiatur quidem acceptilatio, ſed adjectum nullius eſt momenti, *l. 13. eod.* Secundo in debitum ſolum acceptilatione perimi poteſt, quod verbis contractum eſt, non alia obligatio: ſiquidem naturæ convenit, eodem genere unumquodque diſſolvi, quo colligatum eſt: ideo cum acceptilatio verbis conficiatur, conſentaneum, ſolas verborum obligationes acceptilatione poſſe tolli, *l. 8. §. 3. eod. l. nihil. 35. de reg jur. l. prout 80. de ſolut.* Plane, ſi, quod ex alia obligatione debetur, accepto latum fuerit, etſi hoc debitori ipſo jure ad liberationem non proficit, pacti tamen convenit vel doli mali exceptione ſeu tueri poterit, *l. ſi acceptilatio 19. de accept.* nam inutilem acceptilationem ſaltem vim pacti habere placuit, niſi quid aliud impediat, *l. 8. pr eod.*

Quod ex alia cauſa debetur, poteſt in ſtipulat. deduci] Etſi debita, quæ non ex verborū obligatione veniunt, acceptilatione directo tolli nequeunt, oblique tamen poſſunt, remedio novationis & ſtipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem prius convertantur, ut obligatio jam verbis conſtans mox verbis itidem diſſolvatur: de quo mox plura.

Pro parte recte ſolvitur] Intellige, conſentiente creditore; qua de re abunde dictum in exegeſi *pr. hujus tit.*

7 *Pro parte debiti acceptilatio fieri*] Dum debitum ſit, totum an pars accepto feratur, ad acceptilationem nihil intereſt. *l. 9. l. 10. l. 13. § 2. de accept.* & pro parte accepto lata contingit liberatio, quamvis alias obligatio conditione ſua diviſionem non admittat, *l. qui hominem 17. eod.* quod in ſolutione contra eſt, *l. 2. §. 1. de verb. obl. l. 9. §. 1. de ſolut.* diſcriminis rationem ſuperius indicavi. Illud monere plane ſuper vacuum eſt, ſi res in ſtipulationem deducta natura ſua diviſionem non recipiat, veluti ſervitus prædii acceptilationem in partem nullius eſſe momenti, *d. l. 13. §. 1. de acceptil.*

TEXTUS.

De Aquiliana ſtipulatione & acceptilatione.

2. *Eſt autem prodita ſtipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in ſtipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita compoſita eſt;* Quicquid te mihi ex quacunque cauſa dare facere oportet oportebitve, præſens in diemve, aut ſub conditione: quarumcunque rerum mihi tecum actio eſt, quæque adverſus te petitio, vel adverſus te perſecutio eſt eritve; quodve tu meum habes, tenes, poſſides, dolove malo feciſti, quo minus poſſideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari ſtipulatus eſt Aulus Agerius, ſpoſpondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio ſpoſpondit, id haberetne à ſe acceptum Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

Aquilius Gallius, homo Juriſconſultiſſimus, cujus in formulis concipiendis ſingularis quædā prudentia extitit, ut conſtat ex ea de dolo malo, quam Cicero *3 offic.* everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de poſthumo nepote, vivo adhuc filio, hærede inſtituendo, *l. Gallus 29. de lib. & poſth.* ſtipulationis formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ eſſent obligationes translatæ acceptilatione deinde perimerentur: quæ ſtipulatio ab auctore ſuo Aquiliana dicta eſt.

Renovat omnes obligationes] Et ſic via eſt ac ratio, per quam uſus acceptilationis, per ſe alioqui an-

guſtus, & intra verborum obligationes conſiſtens, dilatetur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim uſus fuit in tranſactionibus, *l. 2. l. 4. l. 5. l. 15. de tranſact. l. 3. l. 4. C. eod.* Apud nos autem ſupervacua eſt: quoniam moribus hodiernis, ut alibi diximus, ſtipulationum ſolennitas exolevit, pactaque nuda eandem vim habent, quam ſtipulatio.

Ita compoſita eſt] Exhibetur hic ex Florentino *l. 18. § 1. hoc tit.* formula ſtipulationis novantis, uti ea ab Aquilio concepta eſt: ſic autem eſt concepta, ut nobis præbeat certiſſimum anxiæ veterum in cautionibus componendis diligentiæ argumentum, in qua ne quid omiſſum videretur, multa ex abundanti ſunt adjecta. Verba obiter excutiemus.

Quicquid te mihi ex quacunque cauſa] Cauſa negotium ſignificat & obligationem, latiusque patet contractu: nam & ad eas obligationum ſpecies pertinet, quæ ex maleficio vel quaſi ex maleficio proficiſcuntur, *l. 9. de reb. cred.*

Dare facere] Sine conjunctione hæc proferri ſolent, ut pleraque alia, veluti *uti frui, ire, agere, dare legare, &c.* innuunt autem, omnem obligationem vel in dando vel in faciendo conſiſtere.

Oportet oportebitve, præſens, in diemve, aut ſub conditione] Verbo *oportet* præſens tantum debitum demonſtratur, *l. ſi ſtipulatus 76. §. 1. de verb. oblig.* verbo *oportebit* etiam quod in diem aut ſub conditione debetur; utrumque enim comprehendit, *l. 8. de verb. ſign.* Hoc autem verbum *oportet* non ad facultatem judicis, qui poteſt vel pluris vel minoris condemnare, ſed ad veritatem refertur, *l. 37. de verb. ſign.*

Tecum actio, petitio, perſecutio] Actio in perſonam, eſt petitio in rem, perſecutio ad extraordinarias magiſtratuum cognitiones pertinet, *l. pecunia 178. §. 2. de verb ſing.* Senſus ergo eſt, quicquid actione in perſonam conſequi, vel vendicare, vel magiſtratu cognoſcente extra ordinem perſequi potes.

Quodve tu meum habes] Hæc abundant: ex ſuperioribus enim ſatis intelligi poterant, cum ſuum cujusque ſit, cujus vendicandi jus habet, *l. Quintus 27. §. 2. de aur. arg. leg.*

Habes, tenes, poſſides?] Tenere ad factum refertur, poſſidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure dominii & jure poſſeſſionis & mera detentione, *l. habere 188. de verb. ſign. l. ſtipulatio 38. §. hæc quoque 7. & 2. ſeqq. de verb. obl.* quanquam hæc diſtinctio non eſt perpetua.

Dolove malo feciſti, &c.] Dolus enim pro poſſeſſione eſt, ſemperque poſſidere intelligitur, qui dolo fecit quo minus poſſideat, *l. parem 130. l. ad ea 175. §. 1. de reg. jur.* Cætera per ſe ſatis plana ſunt.

TEXTUS.

De novatione.

3. *Præterea novatione tollitur obligatio; veluti ſi id, quod tibi Sejus debebat, à Titio ſtipulatus ſis. Nam interventu novæ perſonæ nova naſcitur obligatio, & prima tollitur, translata in poſteriorem: adeo ut interdum, licet poſterior ſtipulatio inutilis ſit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti ſi id, quod tu Titio debes, à pupillo ſine tutoris auctoritate ſtipulatus fuerit. Quo caſu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & poſterior obligatio nulla eſt. Non idem juris eſt, ſi à ſervo quis fuerit ſtipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac ſi poſtea nullus ſtipulatus fuiſſet. Sed ſi eadem perſona ſit, à qua poſtea ſtipuleris, ita demum novatio fit, ſi quid in poſteriore ſtipulatione novi ſit, forte ſi conditio aut dies aut fidejuſſor adjiciatur aut detrahatur: Quod autem diximus, ſi conditio adjiciatur, novationem fieri, ſic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, ſi conditio extiterit: alioqui ſi defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres conſtabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in ſecundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videtur hoc fieri, & quasdam de hoc præſumptiones alii in aliis caſibus introducebant, ideo noſtra proceſſit conſtitutio, quæ apertiſſime definivit, tunc ſolum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipſum inter contrahentes expreſſum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioqui & ma-*

& manere priſtinam obligationem, & ſecundam ei accedere, ut maneat ex utraque cauſa obligatio, ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionem, quam licet ex ipſius lectione apertius cognoſcere.

NOTÆ.

3. Novatione tollitur obligatio] Sed ita, ut in locum ſublatæ nova ſubſtituatur, *l. 1. de novat.* Fit autem hæc converſio verbis ſeu ſtipulatione, *d. l. 1. §. 1. l. 2. l. 5. & paſſ. eod.*

Inutilis sit] Non ratione formæ, ſed effectus, ut exemplum ſubjectum declarat. Eadem ratione ſi expromiſſor non ſit ſolvendo, prior tamen obligatio tollitur: etiam in caſu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, *l. 26. §. 2. mand.*

COMMENTARIUS.

1. *In novatione quæ neceſſaria, & an aliter, quam per ſtipulationem præcedens obligatio novetur.*
2. *Vera novationis effectus.*
3. *Quot modis novatio fiat: ubi & de delegatione.*
4. *De novatione, quæ fit per litis conteſtationem: & quantum hæc differat à vera & voluntaria.*
5. *Quis effectus, ſi quis quod alius debet, à pupillo ſtipuletur ſine tutoris auctoritate: & cur diverſum, ſi à ſervo.*
6. *Si ab eodem debitore quis ſtipuletur, quando novatio fieri intelligatur.*
7. *Quid novi juris à Juſtiniano conſtitutum circa novationem: ubi multa notabilia.*

Novatione quoque ipſo jure obligatio tollitur, ſed ita, ut in locum ſublatæ alia nova ſubſtituatur: eſt enim novatio, prioris debiti in aliam obligationem converſio, *l. 1. de nov.* Fit hæc converſio verbis ſeu ſtipulatione, *d. l. 1. §. 1. l. 2. l. 5. 6. 7. l. 11. & paſſ. eod. l. 1. l. 3. l. 7. l. ult. C. eod. l. 6. C ſi cert. pet.* Ac proinde in novatione hæc ſunt neceſſaria; obligatio vetus, obligatio nova, & ſtipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiscunque eſt, aut quomodocunque contracta, verbis novari poteſt, *l. 1. l. 2. de novat.* nec metuendum hic eſt ne obſtet regula juris de diſſolvendis obligationibus, *l. nihil 35. de reg. jur.* Nam in novatione ſolutio quædam eſt, & quaſi naturalis præſtatio, *l. 8. §. 1. ff. ad Sct. Vell.* qualis eſt, cum pro eo, quod debetur, præſtatur aliud volenti creditori, *l. 17. C. de ſolut.* Nova quæ conſtituitur obligatio utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil intereſt, *d. l. 1. in fin. de novat.* de quo pluſcula in explicatione textus. Stipulationem cum exigimus, hoc ſignificamus, ſola ſtipulatione præcedentes obligationes novari, non etiam nudis pactis, ac ne contractu quidem alio, veluti mandato, ut ex memoratis textibus apparet, & bene poſt alios defendit *Gœdd. de contr. ſtip. cap. 5. concl. 8. n. 90. & ſeqq.* adverſus Bartolum *in d. l. 1.* in contrarium adducentem *l. ſi mandatu 45. §. ult. mand.* Tantum in contractibus, quæ ſolo conſenſu perficiuntur, hoc accidit, ut & nudus conſenſus contractum diſſolvat, & aliũ ejusdem generis conſtituat, *l. 7. §. adeo, de pact. l. pacta 72. de contr. emt.* Hodie ſane etiam ſimplicibus pactis novationes fieri ſolent, adeoque frequentius, quam per ſtipulationem, utpote cujus ſolennitas pene exolevit, uti poſt DD. *in l. ſingularia 15. de reb. cred.* tradunt *Weſemb. hic, Gudelin. lib. 3. de jur. noviſſ. c. 12.* Præter hæc & animus novandi exigitur: nec enim aliter ſit novatio, quam ſi hoc agatur, ut prior obligatio novetur, *l. 2. in fin. l. 6. l. 8. §. 2. & ult. l. 28. de novat. l. 3. C. eod.* de quo item fuſius poſtea. Effe- 2
ctus novationis eſt, ut nova obligatione conſtituta ut prior perimatur, *d. l. 1. eod.* quæ res facit, ut etiam incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt ſimul evaneſcant, qualia ſunt hæc: mora facta periculum interitus rei debitæ; pœna veteri obligatione promiſſa; uſuræ ex eadem cauſa debitæ, privilegium, quod prioris actionis fuit; pignora denique & fidejuſſores, *l. 8. l. ſi creditor. 15. l. novatione, 18. l. emptor. 27. l. aliam. 29. de novat. l. in omnibus 43. de ſolut.* Plane, ſi pignora prioris obligationis in novatione repetita fuerint, placet creditori manere ordinem & prærogativam temporis, ut in his præferatur poſteriori creditori, id eſt, cui eadem pignora poſtea, licet ante novationem, obligata ſunt, *l. 3. qui pot. in pig.* & ibi *Bart. Myns. 1. obſ. 59. Gail. 2. obſerv. 30. n. 10.* Poteſt autem novatio dupliciter fieri; vel 3
manente eodem debitore; vel perſona debitoris mutata: priore caſu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, *hoc text. verſ. Sed ſi eadem perſona:* poſteriore novatio fit, quoties liberato priore debitore alius, qui expromiſſor appellari ſolet, ut notatum ſub *tit. de fidejuſſ.* locum ejus ſubit; veluti ſi Titius novationis cauſa promittat Sempronio, quod ei Sejus debet; ſive id ſua ſponte Titius faciat, & vel ignotante vel nolente debitore; *l. 8. in fin. de novat.* ſive debitoris mandatu, quæ ſpecies novationis delegatio dicitur per metonymiam cauſæ, ſiquidem delegare hic eſt vice ſua alium reum dare creditori, *l. 11. eod.* quæ delegatio inter delegantem quidem & delegatum nudo conſenſu fit, *l. de-*

legare

legare, 17. *eod.* ſed non perficitur, id eſt novatio debiti non fit, niſi ſtipulanti creditori is, qui delegatus eſt, promiſerit. *l. 1. C. eod. Gail. 2. obſ. 30. n. 8. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 180. num. 4. & 5. D Tulden. comm. hic.*
4 *c. 5.* Porro ſciendum eſt, agi hoc loco de novatione, cui hoc nomen per excellentiam & abſolute tribuitur. Eſt vero præter hanc, quæ ſtipulatione fit, & alia, quam inducit litis conteſtatio, *d. l. 11. §. 1. l. aliam 29. eod. l. 3. C. de uſur. rei jud.* nam & judicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati, *l. 3. §. idem ſcribit. 11. de pecul.* Atque hæc quoque fit vel manente eodem reo, puta ſi ille ipſe litem conteſtetur & ſuo nomine ſuſcipiat, vel perſona rei mutata, ſi alius pro reo judicium accipiat, ſive mandatu illius, quæ ſpecies eſt delegationis, *d. l. 11. §. 1. de nov.* ſive reo ignorante aut etiam nolente, *l. ſolutione 23. de ſolut.* Cæterum hæc ſpecies novationis ſuperiori longe diſſimilis, & ſecundum quid tantum dicitur novatio fieri per litis conteſtationem, quatenus ſcilicet actio in judicium deducta novas quaſdam aſſumit qualitates; veluti quod quæ tempore aut morte peritura fuiſſet, judicio incluſa ſalva manet, & ad hæredes transmittitur, *l. omnes 26. de obl. & act. §. 1. inſ. de perp. & temp. act.* & quia reo condemnato nova accedit actio judicati, priore multo utilior, *l. poſt rem. 56. de re jud. l. 3. C. de uſur. rei jud.* At enimvero per litis conteſtationem vel ſententiam vetus actio non conſumitur: per *text. in l. fidejuſſores 41. §. 1. de fidejuſſ. l. qui ſervum 20. de interr. in jur. l. 2. Cod. de judic. arg. l. qui juraſſe 26. §. ult. l. 27. l. 28. §. 1. de jurejur. junct. l. eum qui 30. in pr. eod. junct. l. 2. eod. l. 8. Cod de reb. cred. & d. l. poſt rem. de re jud.* Et hinc eſt, quod commoda quoque prioris actionis creditori ſalva manent, *l. 8. §. 3. de fidejuſſ. l. 13. §. 4. de pign. l. aliam 29. de novat. fa. l. non ſolet. 86. & ſeq. de reg. jur. Chriſtin. vol. 4 deciſ. 180. num. 2.* Interpretes vulgo has novationis ſpecies ſic diſtinguunt, ut eam, quæ per ſtipulationem fit, voluntariam appellent, quæ judicio accepto neceſſariam: cujus diſtinctionis fundamentum eſt in *d. l. aliam 29. de novat.*

Interventu novæ perſonæ] Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo; ſed quæ alienam obligationem in ſe transferat expromittendo. Per adſtipulationem & adpromiſſionem fidejuſſor intervenit; novatio per exſtipulationem & expromiſſionem: unde per hanc prior obligatio extinguitur.

Licet poſterior ſtipulatio inutilis] Non ratione formæ, ſed effectus, ut exemplum ſubjectum declarat. Similiter etſi expromiſſor non ſit ſolvendo: præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in caſu delegationis: quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promiſſoris feciſſe videtur creditor, qui admiſit debitorem delegatum, *l. inter. 26. §. 2. mandat.*

A pupillo ſine tutoris auctoritate] Pupillum ſine tutoris auctoritate contrahentem non obligari jure 5
civili, niſi in quantum factus eſt locupletior, conſtat, *l. 5. l. 9. de auct. tut.* Attamen ſi ejus ætatis ſit, ut intelligat quod agitur, naturaliter ſaltem obligatur, ut demonſtravimus *ſup. ad §. pupillus 9. de inut. ſtip.* & ideo quod huic conſequens eſt, ſi pupillus ſine tutoris auctoritate, quod alius debet, ſtipulanti creditor novandi animo promiſerit, prior obligatio jure novationis tollitur translata in poſteriorem naturalem: quippe ſufficit ad novationem, quod poſterior obligatio vel naturaliter teneat, *l. 1. in pr. & §. 1. de novat.* Neque eſt contrarium, quod Paulus ſcribit in *l. novare 20. §. 1. eod.* pupillum ſine tutoris auctoritate non poſſe novare: neque enim hoc nos dicimus, poſſe pupillum, quod ſibi ex aliqua cauſa debetur, in aliam obligationem abſque tutoris auctoritate transferre, atque ita forte conditionem ſuam facere deteriorem; quod negat Paul. *d. loco*; ſed hoc pupillo ſine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur; quamvis ſequens pupilli obligatio creditori inutilis ſit, quia ad agendum inefficax: nimirum ſibi imputare creditor debet, quod alienam obligationem in pupillum transtulerit, quem ſciebat aut ſcire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quam interpoſita tutoris auctoritate, per *l. qui cum alio. 19. de reg. jur.*

Et poſterior obligatio nulla eſt] Non ſimpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, *l. 1. in fin. de novat.* ſed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere poſſint; qualia ſunt, jus compenſandi, ſolutionis retinendæ: quo etiam intuitu, quod pupillus ſine auctoritate tutoris promiſit, ne natura quidem deberi interdum dicitur: *l. quod pupillus 41. de cond. ind.* quamvis revera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant; qua de re uberius ſub *§. pupillus de inut. ſtip.* Quod ſi nulla hic ſuccederet obligatio, nulla etiam intelligeretur novatio fieri, ſed prior obligatio maneret in ſuo ſtatu, *d. l. 1. per tot.*

Non idem juris eſt, ſi à ſervo] Non quia ſervus ex contractu ſuo, ſi conſenſum ſpectemus, non obligetur naturaliter, *l. 13. de cond. ind. l. 14. de obl. & act.* ſed quia jure civili non eſt idoneus expromiſſor, & omnino novationis, extra cauſam peculiarem, incapax, *l. 30. § 1. de pact. l. ult. h. t.* Sunt enim quædam cauſæ, quas jus civile ita in ſervo improbat, ut ſi cum eo intervenerit, ne interveniſſe quidem videantur; ac proinde nec dominum obligent de peculio, & pecunia ex his cauſis ſoluta repeti poſſit: cujusmodi ſunt: ſi ſervus pro libero ſe gerens judicio conventus & condemnatus ſit; ſi in arbitrium compromiſerit; *l. 3.*

l. 5. §. ſi ſervus 8. de pecul. ſi cum conveniretur, jusjurandum adverſario detulerit; *l. 5. §. 2 d. tit.* ſi pro alio fidejuſſerit rem peculiarem non gerens; *l. 3. ſi filiusf. 5. eod. tit. l. ſervus 19. & ſeq. de fidejuſſ.* & denique ſi expromiſerit, aut alias obligationem non peculiarem novaverit, *l. in perſona 30. §. 1. de pact. l. ult. de novat.* Quinetiam quibusdam viſum eſt, nec peculiarem obligationem ſervum novare poſſe, extra quam ſi liberam habet peculii adminiſtrationem, ac ne tunc quidem expromiſſorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quæ ſententia probari videtur *l. ult. de novat. junct. l. ſervus 16. eod. l. fugitivus 19. de ſolut.* & facit *l. ſervus 20. cum l. ſeq. de jurejur.*

6 *Si eadem perſona ſit, à qua poſtea ſtipuleris, &c.*] Sententia hujus loci hæc eſſe videtur, ſi idem debitor ſit, à quo poſtea ſtipuleris, & præcedens obligatio verbis quoque contracta, non aliter novationem fieri, quam ſi poſteriore ſtipulatione aliquid novi comprehenſum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejuſſor adjectus, detractusve. Nam neque ſi alia perſona intervenerit, hoc deſideratur, neque ſi debitum prius ex alia cauſa diſcendat, quantumvis cum eodem debitore ſtipulatio poſtea fit, modo animus novandi adſit. Neq; enim dubito, quin ſi decem à te ſtipulatus ſim, quæ mihi verbi gratia ex cauſa mutui debeas, & tu promiſeris, obligatio ex numeratione nata novetur & transferatur in obligationem verborum; utique ſi de jure veteri quæratur, *arg. l. 6. & l. 7. de novat.*

Si conditio aut dies] Stipulatio etiam novationis cauſa non tantum pure, verum etiam ſub conditione aut in diem concipi poteſt. Poteſt & quod ſub conditione aut in diem debetur, pure novandi cauſa promitti; quo effectu, docebunt textus *in l. 5 l. 8. §. 1. l. quoties 14. per tot. l. novatio 24. l. ſi rem. 31. de nov. l. Iulian. 60. §. 1. de cond. ind.* Late & eleganter D. Briſſonius *lib. 2. de ſolut. tit de nov.*

Dubium erat, quando novandi animo] In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id eſt, nulla intelligebatur novatio fieri, niſi id actum eſſet, ut præcedens obligatio novaretur, *l. 2. in fin. l. 8. pr. §. 2. & ult. l. fundum 28. de novat. l. 3. C. eod.* Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in ſecundam obligationem itum: quo in dubio veteres decurrebant ad conjecturas & præſumptiones: ſi nihil erat, ex quo animus novandi colligi poſſet expreſſam requirebant conventionem, *l. ſi uſumfructum 58 de verb. oblig. vid D. Ant. Fab. 3. conj. 3.* Juſtinian. vero, ut materiam litium præcideret, in univerſum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri quam ſi hoc ipſum inter contrahentes expreſſum fuerit, ſi novandi animo & prioris obligationis tollendæ cauſa poſteriorem interponere: alioqui & manere priſtinam obligationem, & ſecundam ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ eſt illa conſtitutio, cujus hic meminit. Nihilominus tamen plerique adhuc admittendũ cenſent, ut ex conjecturis urgentibus & manifeſtis novatio inducatur, utique ſi non ipſo jure, ſaltem per exceptionem: eaque ſententia, licet verba conſtitutionis refragari videantur, multis in locis recepta eſt, ut rationi conſentanea. Quid enim, ſi poſterior obligatio quadam repugnantia elidat priorem? & potius eſt, ut dicamus, Juſtinianum eas duntaxat conjecturas tollere voluiſſe, quas in univerſum veteres conſtituerant: quod genus ſæpe fallit, *vid. Gail. 2. obſ. 30. n. 1. & ſeqq. Chriſtin. vol. 4. dec. 180. n. 9 & ſeqq. Tulden. comm. hic c. 7.* ubi etiam teſtatur, legem illam Juſtiniani in Gallia uſu abrogatum eſſe. Bartolus quoque *in l. de legare 11. de novat.* exiſtimat, eam non pertinere ad delegationem; quem ſequuntur *Zaſ. in l. 15. n. 11. de reb. cred. Gail. d. loc. n. 9. Weſemb. parat. de novat. n. 8. Curia Holland. dec. 38.* Et ſane illa legis verba, *vel aliam perſonam adhibuerit, vel mutaverit* commode de perſona fidejuſſoris explicari poſſunt, *ad Bachov. ad Treutl. vol 2. diſp. 29. theſ. 6.*

Vt maneat ex utraque cauſa obligatio] Sicut jure veteri ubi novandi animus non intervenerat, duæ obligationes cenſebantur, *l. 2 in fin. de novat.* Cujus rei effectus eſt, quod creditor ex utraque obligatione agere poſſit; & quod in una deeſt, per aliam ſuppleatur: item quod etſi poſteriori obligationi adjecti ſint novi fidejuſſores, non ob id tamen liberentur, qui pro priore intervenerant, *Gail. d. loc. n. 5. & 6.* Plane ſi ex una obligatione ſolutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia ſunt obligationes unius rei, *l. 8. § ult. de novat.*

TEXTUS.

De contrario conſenſu.

4. Hoc amplius eæ obligationes, quæ conſenſu contrahuntur, contraria voluntate diſſolvuntur. Nam ſi Titius & Sejus inter ſe conſenſerint, ut fundum Tuſculanum emptum Sejus haberet centum aureis; deinde re nondum ſequuta (id eſt, neque pretio ſoluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut diſcederetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem eſt in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex

ex conſenſu deſcendunt, ſicut jam dictum eſt.

NOTA.

Re nondum secuta] Id eſt, ſi nihil dum præſtitum ſit eorum, quæ ex contractu præſtari debent: Neque enim ut retro tradatur, quod jam datum eſt, nudo pacto obligatio conſtitui poteſt, *d. l. 58. in fin. de pact.* Vide infr. comment.

Commentarius.

1. *Omnem naturalem obligationem ipſo jure tolli nudo conſenſu.*
2. *Eodem modo re integra tolli & civiles nudi conſenſus, & honorarium pignoris.*

1 QUædam obligationes ipſo jure diſſolvuntur ſolo & nudo partium conſenſu. Quo in genere eſt omnis obligatio naturalis, tum civiles eæ, quæ ſolo conſenſu conſtant. De naturali obligatione traditum eſt, eam juſto pacto ipſo jure tolli, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolut.* quod nihil aliud eſt, quam tolli nudo conſenſu. Juſtum enim pactum ſicuti juſtam conventionem dicimus, quod æquum eſt, atque honeſtum, nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. pactum 40. §. 1. l. epiſtola 52. §. 2. de pact.* Et hoc conſentaneum eſt regulæ juris traditæ *l. nihil tam naturale 35. de reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis cauſis, quam conſenſu naſcatur, ſolo tamen æquitatis vinculo ſuſtinetur, quod contrariæ conventionis æquitate diſſolvitur, *d. l. Stichum §. 4. de ſolut.* Non adverſatur *l. ſi unus 27. §. 2. de pact.* quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, ſed de pacto priore, quo exceptio quæſita erat, per poſterius elidendo, quo redeat prima conditio & ſtatus obligationis, actionique vis priſtina reſtituatur, *vid. inf. ſub tit. de replicat. in pr.*
2 De civilibus nudi conſenſus obligationibus conſtans definitio eſt, eas omnes, ut nudo conſenſu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo conſenſu diſſolvi, *l. 3. l. 5 §. 1. de reſc. vend.* dummodo rebus integris à contractu abeatur, *l. 7. §. adeo 6. l. ab emptione 58. de pact. l. 1. l. 2. C. quand. lic. ab empt. diſc.* in quo & ipſo regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres ſecuti ſunt, *l. prout 80. de ſolut. d. l. 35. de reg. jur.* Nam etſi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id eſt, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipſo jure tolli non poſſe: tamen quia obligatio iſta nudo & mero conſenſu conſtat, totaque eſt ex jure gentium, utpote à jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinſecum quid eſt & accidentarium; ideo ſublato hoc conſenſu per pactum ſive voluntatem contrariam, tota obligationis ſubſtantia evaneſcit, ut nihil amplius ſuperſit, in quo actio fundetur; eadem videlicet ratione, qua nulla ſubeſſe obligatio intelligitur, ſi res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et ſecundum hæc recte defenditur etiam, obligationem pignoris, quæ jure prætorio conſtituitur nuda conventione, *l. 1. de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipſo jure diſſolvi, licet obſtare videatur *l. ſi tibi 17. §. 2. de pact.* ſed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitū principale, non de eo, quod directo tendit ad diſſolutionem pignoris, *vid. Neguz. tract. de pign. part. 6. memb. 3. n. 3. Bachov. lib. 5. de pign. c. 6. & in comm. ad tit. de pact. c. de pact. reſolut.* De furto & injuriis lex 12. tabularum paciſci permiſit: quæ cauſa eſt, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipſo jure tolluntur, *d. l. ſi tibi. §. 1. de pact. junct. l. 6. l. 7. §. ſi paciſcar. 14. in fin. eod.*

Contraria voluntate] Id eſt contraria conventione, ſeu utriusque partis conſenſu, *l. 1. C. quand. lic. ab empt. diſc.* unius enim voluntas ad diſſolvendam obligationem non valet, *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. C. de reſc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & ſocietas etiam unius voluntate diſſolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum eſt ut ſuis locis demonſtravimus.

Re nondum ſequuta] *L. 7. §. adeo 6. de pact. l. 3. l. 5. §. 1. de reſc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *l. ab emptione 58. de pact. l. 1. & l. 2. C. quand. lib. ab. empt. diſc.* id eſt, ſi nihil dum præſtitum ſit eorum, quæ ex contractu præſtari debent; veluti in exemplo propoſito, ſi neque res à venditione tradita, neque pretium ab emptore ſolutum ſit. Nam ſi quid horum intervenerit, conſenſus amplius negotium reſolvi nequit, niſi ſimul reſtituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio conſtitui poteſt, *d. l. ab emptione in fin. de pact.* Arrharum vero aut fidejuſſorum interventus non efficit, quominus res integra maneat, nudoque adhuc conſenſu poſſit ab obligatione recedi, *l. 3. de reſc. vend. l. 11. §. is qui 6. de act. empt. l. 2. C. quand. lic. ab empt. diſc.*

ARNOL-

ARNOLDI VINNII, J. C.
IN LIBRUM QUARTUM
INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM
COMMENTARIUS
Academicus & Forenſis.

TITULUS. I.

D. lib. 47. tit. 2. C. lib. 6. tit. 2.

De obligationibus, quæ ex delicto naſcuntur.

Continuatio. Delictum quid, & quotuplex.

Ex quatuor cauſis obligationum, propoſitis §. *ult. ſup. de oblig.* duæ ſuperiore libro tertio expoſitæ ſunt; contractus & quaſi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet & quaſi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium ſpecies eſt delicti. Delictum eſt omne factum illicitum, quod lege humana pœnam meretur. Eſtque vel publicum, quod ad læſionem reipubl. directo tendit, & publice in exemplum vindicatur, de quo genere eſt tit. ultimus hujus lib. vel privatum, quo offenduntur ſinguli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta proprie crimina; privata, maleficia appellantur: quanquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet, quatenus ſcilicet & illa conſiderantur, ut ſocietatem civilem & ſtatum publicum turbantia; quod contingit ſane per conſequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi poteſt, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non perſequimur forenſi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum eſt, ex ea cauſa debetur: ſed extra ordinem ad vindictam agimus, pœnamque, pro modo admiſſi arbitrio cognoſcentis ſtatuendam, ſive corporalem ſive pecuniariam, quæ fiſco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & diviſio obligationum ex delicto.

Quum ſit expoſitum ſuperiore libro de obligationibus ex contractu, & quaſi ex contractu, ſequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quaſi ex maleficio diſpiciamus. Sed illæ quidem, ut ſuo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæ vero unius generis ſunt: nam omnes ex

re naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

NOTÆ.

QUÆ EX DELICTO] Scilicet privato, unde læſo obligatio & actio pecuniaria, ſive civilis. Nam judicia publica aut perſecutiones criminales huc non pertinent.

FURTO, RAPINA, DAMNO, INJURIA] Quadriga delictorum privatorum, ex Cajo *l. 4. de obl. & act.* Reliqua de quibus *lib. 47. D.* ad hæc quatuor referri poſſunt.

COMMENTARIUS.

1. *Quo ſenſu maleficia omnia dicantur ex re naſci.*
2. *Summa hujus tituli.*

HÆ unius generis ſunt: nam omnes ex re naſcuntur] Ita quoque Cajus *l. 4. de obl. & act.* Obligationum, quæ ex contractu deſcendunt, quatuor ſunt ſpecies, cauſis efficientibus diſtinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut ſolo
1 conſenſu, *§. ult. ſup. de oblig.* Quæ vero ex maleficio oriuntur, ſi cauſam efficientem ſpectamus, omnes unius generis ſunt: nam hæ omnes re tantum conſiſtunt, id eſt, ipſo maleficio, *d. l. 4.* Ut ecce, qui verbis aut ſcriptura profeſſus eſt furtum ſe feciſſe; aut in furtum nuda voluntate conſenſit, non tenetur furti; ſed ut teneatur neceſſe eſt contrectatio interveniat, *l. ſi quis 52. §. neque 19. de furt.* Similiter ſi quis verbis aut literis confeſſus eſt, ſe injuriam alicui feciſſe, non tenetur injuriarum; ſed ut teneatur, oportet interveniſſe contumeliam, *l. ſi unus 27. §. 2. de pact.* ubi Jurisconſultus ait, actionem injuriarum non ex pacto naſci, ſed ex contumelia. Utut ergo injuria etiam verbis & ſcriptura fieri dicatur, *l. 1 §. 1. l. 5. §. ſi quis 9. & ſeq. de injur. l. un. C. de famoſ. libell.* tamen illa hic non attenditur, ut cauſa obligationis, ſed ipſum maleficium duntaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio deſcendit, ex facto eſſe dicitur, *l. actionum 25 §. 1. de oblig. & act.* Illud quoque diſſimile eſt, quod ad conſtituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus conſenſus: ex delicto autem obligantur nolentes & inviti.

Furto, rapina, damno, injuria] Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Cajus *d. l. 4.*
2 nimirum reliqua ad hæc quatuor referri poſſunt. Porro horum ſingula ſingulatim & ſuis quæque titulis explicantur. De furto ex profeſſo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus ſit, agitur, doceturque quid illud ſit, & quotuplex; quæ ejus pœna, quæ cauſa efficiens, materia, & forma; quando quibus in rebus & à quibus committatur; quis ſit effectus; quæ inde actiones, quibus contra quos, & cujus rei gratia dentur.

TEXTUS.

Definitio furti.

I. Furtum eſt contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipſius rei, vel etiam uſus ejus, poſſeſſionisve: quod lege naturali prohibitum eſt admittere.

COMMENTARIUS.

1. *Furtum non fieri ſine contrectatione: & quid inde: tum quis contrectare dicatur.*
2. *Furem non eſſe, niſi qui fraudulenter rem alienam contrectet.*
3. *Non item qui non lucrandi animo.*
4. *Quid ſi urgente fame eſculenta ablata, &c.*
5. *Furtum fieri non intelligi, niſi ſit qui poſſideat.*
6. *Furta per ſe & natura turpia eſſe.*

AUctor hujus definitionis eſt Paulus *l. 1 §. ult. hoc tit. de furt.* 1
Idem *lib. 2. ſent. tit. 31.* furem ſic definit; *Fur eſt*, inquit, *qui dolo malo rem alienam contrectat.*

Contrectatio] Furtum ſine contrectatione fieri non poteſt. Contrectare, eſt rem manu tractare & loco movere, *l. 3. §. ſi rem 18. de acq. poſſ. l. theſaurus 15. ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non niſi in rebus corporalibus iiſque mobilibus admitti *§. 8. ſup. de uſuc. in fin.* Deinde furtum non fieri verbis aut ſcriptura, ſolove conſilio aut cogitatione furti faciendi, *l. 1. §. 1. l. ſi quis 52. §. neque 19. h. t.* Et conſequenter furem nondum eſſe, qui tantum conclave intravit furandi cauſa, *l. vulgaris 21. §. qui furti 7. eod.* nec illum ſtatim eſſe, qui inficiatur depoſitum; ſed ita ſi intervertendi cauſa amoverit, occultaverit, *d. l. 1. §. 2. l. inficiando 67. eod. d. l. 3 §. ſi rem 18. de acq. poſſ.* Plane, etiam ſine ablatione, ſola contrectatione furtum committi poteſt, *d. l. vulgaris §. item ſi 8. h. t.* Neque is ſolum furtum facere & rem contrectare intelligitur, qui eam ſurripit & domino aufert, ſed & qui rem aut pecuniam, quam à domino accepit alteri dandam ſolvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in ſuos uſus convertit, *l. ſi quis 52. §. Iulianus 16. eod. l. 7. C. eod.* aut qui re prius ex voluntate Domini accepta utitur, cùm uſum nullum habeat, aut aliter utitur, quam ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf. ſub §. furtum 6.* Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur,

tur, quo præſente indebitum ei, quem delegavit, ſolvitur, *l. falſus 43. §. 2. eod.*

2 *Fraudulosa*] Fraudulosa contrectatio eſt, cum quis rem alienam contrectat ſciens dolo malo. Suam rem, quatenus ſua eſt, nemo fraudulenter contrectare poteſt, *vid. inf. §. aliquando 10.* Sed & ſi cum eſſet aliena, ſuam quis eſſe exiſtimaverit, fur non eſt, licet in jure, non in facto, erret, *l. ſed & ſi 25. §. ſcire 6 de hær. pet. §. 2. ſup. de uſuc.* ex voluntate enim & propoſito maleficia æſtimantur, *l. qui injuria 53. h. t.* Denique furtum ſine animo & affectu furandi, id eſt, rem intervertendi domino, non committitur, *§. placuit 7. inf. eod.* cui non eſt contrarium, quod Pomponius ſcribit, eum qui ſaccum cum pecunia ſurripuit, furti etiam ſacci nomine teneri, quamvis ſacci ſurripiendi animum non habeat, *l. qui ſaccum 77. eod.* Nam etſi in hujuſmodi ſpecie principale propoſitum non eſt, ſaccum furari: tamen per conſequentiam quo ſcilicet commodius pecunia auferri queat, etiam ſaccus animo ſurripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hic tenendum eſt, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut diſcernatur furtum à rapina, actus clandeſtinus à violento, *κλοπὴ γάρ ἐστιν ἡ λανθάνουσα τοῦ ἀλλοτρίου μετάληψις. Proc. in Parmen. Plat.* Nam etſi generali ſignificatu & vis fraudem & dolum habet; *l. 2. §. doli vi bon. rapt.* ſpeciliter tamen fraudis appellatione ea injuria ſignificatur, quæ occulte fit & clanculum, cum vis ſit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis eſſe.*

3 *Lucri faciendi gratia*] Hæc verba cauſam finalem continent, & præcipue furtum à cæteris maleficiis ſeparant, *l. 8. §. 2. arb. furt. Caſ.* Etenim in diſtinctione delictorum non tam factum conſideratur, quam faciendi cauſa, id eſt, propoſitum & intentio delinquentis. Itaque ſi quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis ſciens, dolo malo, id factum in aliud genus delicti cadit; ſi contumeliæ cauſa, injuria eſt; ſi nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l. verum 39. l. qui injuria 53. h. t. l. 5 §. ult. l. 41. ad*
4 *leg. Aquil.* A lucri ſtudio, ac proinde etiam à crimine furti, & ille alienus eſſe videtur, qui urgente fame eſculenta aufert, ut inediæ ſuccurrat, *c. 3. x. de furt. c. 26. de conſecrat. diſt. 5.* quemadmodũ nec illud pro furto habetur, ſi viator equum, quo vehitur, reficiat & paſcat in gramine aut viridi ſylva ſecundum viam, dummodo id faciat ſine aliqua vaſtatione *lib. 2. feud. tit. de pac. ten. & ejus viol. §. ult.* cui ſimile eſt, quod viatori permittit Moſes *Deut. c. 23. verſ. pen. & ult.* &
5 Plato *8. de legib. add. Covarr. in cap. peccatum de reg. jur. in 6. p. 2. §. 1. n. 3. & Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 2. num. 6.* Nam Illud ſciendum eſt, ut maxime res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi cauſa, furtum tamen ſubtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quam ſi ſit, qui poſſideat. Hinc enim eſt, quod negatur furtum fieri rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, vel poſt aditam, antequam hæres poſſideat; niſi res pignori data, aut commodata, aut uſusfructus alienus, *l. 1. §. Scævola 15. ſi is qui teſt. lib. l. 14. §. ſi res 14. l. hæreditaria 68. cum 2. ll. ſeqq. h. t. l. 2. & l. ultim. expil. hæred.* Efficit hoc inquam ſubtilis juris ratio, quaſi non ſit, cui fiat. Neque tamen impune fert, qui hujuſmodi rem ſurripuit; nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi poteſt, & hæres rem vindicare, tenetur crimine expilatæ hæreditatis, *d. l. 2. expil. hæred.* Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis forte aliquid in via jacens lucrandi animo ſuſtulit, ignorans cujus ſit, *l. falſus 43. §. 4. h. t. D. Tulden. comment. hic c. 8.*

Vel ipſius rei, vel uſus poſſeſſionisve] Hoc eſt, ea gratia, ut quis lucrum faciat vel totius rei, quam contrectat, vel uſus ejus aut poſſeſſionis duntaxat: nam ipſa contrectatio tantum corporis eſt: exempla furti uſus rei ſunt *in §. furtum 6.* poſſeſſionis, *§. aliquando 10. inf. l. furtivam 74. h. t.*

Lege naturali prohibitum] Furtum non ut nuptiæ cum filia ut ſorore adoptiva more aut inſtituto 6
civitatis, ſed per ſe & natura turpe ac flagitioſum eſt, ſicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda, *l. probrum. 42 de verb ſign.* ad quod demonſtrandum nihil opus eſt vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipſa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas eſſe alteri detrahere ſui commodi cauſa. Cicero *lib. 3. offic. illud natura non patitur, ut aliorum ſpoliis noſtras facultates, copias, opes augeamus.* Quod vero apud quaſdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus teſtatur *Gell. lib. 11. cap. 14.* id rationem communem non mutat; neque ex unius aut alterius populi inſtitutis de jure naturæ ſive gentium judicandum eſt: de quo latius diſſerui *ſub tit. lib. 1.* Sed nec illi ipſi, quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furta ſimpliciter permiſerunt aut probarunt, tanquam rem omnibus & per ſe licitam. Verum Ægyptiorum legiſlator, cum exiſtimaret fieri non poſſe, ut omnes à furto abſtinerent, viam quæſivit qua domini res ſublatas ſtatim & ſine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellent, juſſit nomen ſuum profiteri apud furum Principem, atque ad eum ſurreptas è veſtigio referre, quæ deinde dominis ita reſtituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione perſolverent, quaſi pœnam negligentiæ. *Diod. Sicul. lib. 1. biblioth. cap. 18.* Lycurgus autem, qui Lacedæmoniis leges tulit, non promiſcue omnium rerum furta permiſit, ſed tantum edulium; neque omnibus

ſurari, ſed junioribus duntaxat; quos furtim ſibi alimenta comparare voluit, ut acuerent induſtriam, diſcerentque à pueris, noctu vigilare, interdiu fallere, inſidias ſtruere, exploratores habere: quoniam deprehenſos verberibus cædi jubebat: ita adultos bello utiliores fore exiſtimans, teſte Xenophonte *lib. de rep ubl. Lacedæmon.*

TEXTUS.

Etymologia.

2. Furtum autem vel à furvo, id eſt, nigro, dictum eſt, quod clam & obſcure fiat, vel plerumque nocte: vel à fraude, vel à ferendo, id eſt, auferendo: vel à Græco ſermone, qui φῶρας appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τῦ φέρειν φῶρας dixerint.

COMMENTARIUS.

TRaditur hic quadruplex furti Etymologia ex *l. 1. pr. h. t.* nimirum quod furtum dictum ſit vel à furvo, vel à fraude, vel à ferendo, vel antiquo Græco verbo *φώρ*. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui ut Paulus refert *in d. l. 1.* furtum à furvo, id eſt, nigro, ideo dictum ait, quod clam & obſcure fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius *lib. 1.* confirmat auctoritate Varronis, quem ſcribit furem ex eo dictum tradidiſſe *lib. 14. de rer. div.* quod furvum atrum appellaverint, & fures per obſcuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque *in lib. Æneid.* ad illud Virgilii, *Hic furto fervidus inſtat*, notat, fures ideo dictos, quod furvo, id eſt, nigro tempore furta committunt. Secundæ auctor eſt Sabinus, *d. l. 1.* quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod à ferendo, id eſt, auferendo fures dicantur, cum re optime convenit. Poſtrema, quod fur à verbo Græco *φώρ* per affinitatem literarum dictus ſit, placet Gellio *lib. 1. cap. 18.* ubi tantum non carpit Varronem, quaſi memoria lapſum, quod furem dictum ſcripſit à furvo.

TEXTUS.

Diviſio.

3. Furtorum autem duo ſunt genera; manifeſtum, & nec manifeſtum. Nam conceptum & oblatum ſpecies potius actionis ſunt furto cohærentes, quam genera furtorum, ſicut inferius apparebit. Manifeſtus fur eſt, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec ſolum is, qui in ipſo furto deprehenditur, ſed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit & nondum egreſſus januam deprehenſus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto, uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehenſus fuerit. Imo ulterius furtum manifeſtum eſt extendendum, quamdiu eam rem fur tenens viſus vel deprehenſus fuerit, ſive in publico, ſive in privato, vel à domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre vel deponere deſtinaſſet. Sed ſi pertulit, quo deſtinavit, tametſi deprehendatur cum re furtiva, non eſt manifeſtus fur. Nec manifeſtum furtum quid ſit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifeſtum non eſt, id ſcilicet nec manifeſtum eſt.

NOTA.

QUAM GENERA FURTORUM] quamvis Paulus inter genera furtorum referat, *lib. 2. ſent. 31.*

COMMENTARIUS.

1. *Genera furtorum, tum quæ olim, tum quæ ſecundum praxin hodiernam.*
2. *Furis manifeſti deſcriptio.*
3. *Quid furtum nec manifeſtum.*

Furtorum tantum duo ſunt genera, manifeſtum & nec manifeſtum, *l. 2. eod.* nam, ut hic indicatur, & 1 latius explicatur, *§. ſeq.* conceptum & oblatum non ſunt genera furti, ſed ſpecies actionis furto cohærentes: neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri poſſit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverſo ſcilicet tempore & actione, *l. vulgaris 21. pr. verſ. etſi, eod.* Plane furtum varie ſubdividi poteſt; veluti quod aliud ſit diurnum aliud nocturnum; aliud domeſticum, aliud non domeſticum. Diſcernuntur & à cæteris furibus abigei, balnearii, ſaccularii, directarii; atque atrocius extra ordinem puniuntur, *tit. de abig. & de fur. baln. l. 7.*

l. 7. de extraord. crim. Peculatores ſacrilegi, plagiarii, puniuntur legibus publicorum judiciorum, *§. 9. & 10. inf. de publ. jud.* Ex praxi Galliæ & harum regionum furtum dividitur in ſimplex, & qualificatum. Simplex eſt, cui nullum aliud crimen aut circumſtantia aggravans adhæret. Qualificatum contra *Vid. Damhoud. prax. crim. c. 110. de furt. Baron. comment. hic, part. alt.*

2 *Manifeſtus fur eſt*] Deſcriptio furis & furti manifeſti; ex qua diſcimus, furem manifeſtum cenſeri primum eum, qui in ipſo facto ſeu actu furandi deprehenditur: tum eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi fit furtum: poſtremo & eum qui quantumvis locum egreſſus, deprehenditur cum re furtiva, antequam eam pertulit, quo perferre deſtinaverat. Deſumpta hæc deſcriptio eſt ex *l. 3. & 2. ſeqq. de furt.*

Ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant] Hoc eſt, *αὐτοφωρεὶ*, in ipſo furto, *ἐπ' αὐτῇ τῇ φωρᾷ*, ſcil. *ἁλόντα* deprehenſum in admiſſo Papinianus appellat, *l. 8. de præſcr. verb.* Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, *d. l. 3. in pr.* ſed plenius Heſychius, *ἐπ' αὐτοφώρῳ*, inquit, *ὁ φανερῶς καταληφθεὶς ἢ ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι εὑρεθεὶς ἔτι κατέχων αὐτό.* Uſurpatur & de deprehenſis in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis *περὶ τοῦ ἐπ' αὐτοφώρῳ ἁλόντος μοιχοῦ.*

Viſus vel deprehenſus] Non ſolum prehenſio, ſed etiam viſio furem manifeſtum facit, utique cum ad eum comprehendendum accurſum eſt, iſque adjecto furto effugit, *l. 7. §. 1. & 2. eod.* Servius id illud Virgilii *Eclog. 3. Non ego te vidi*: manifeſti, inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi.*

Vel à domino, vel ab alio] Nihil refert, à quo fur deprehendatur, utrum ab eo, cujus res eſt, an à vicino, aliove quolibet tranſeunte, *l. 3. § 1. l. 7. §. ult. eod.* Itaque quod de procuratore furtum mihi facientem deprehendente proponitur, *l. ſi quis 24. §. 2. de uſur.* id exempli tantum cauſa prolatum intelligendum eſt. Neque hac ratione fit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur contra regulam juris, *§. 4. & §. alteri 18. ſup. de inut. ſtip.* nam deprehenſio, cujuſcunque ea ſit, delictum tantum qualificat.

3 *Nec manifeſtum furtum quid ſit, &c.*] Nec manifeſtum furtum quid ſit, ex manifeſti, tanquam contrarium ex contrarii ſui definitione, intelligitur, *l. 8. hoc tit.* Sed & aperte illud definitur verſ. proxime præced. ubi Juſtinian. ait, eum, qui rem pertulit, quo deſtinavit, tametſi cum re furtiva deprehendatur, non eſſe furem manifeſtum. Quomodo & Juriſconſultus *l. 5. §. 1. eod.* idq; ſic à Paulo explicatur, *l. 4. eod.* ſi eo pertulit, quo deſtinavit eo die manere cum eo furto. Quare etſi poſtero die iterum rem auferat, & dum alio perfert, deprehendatur, non erit fur manifeſtus. Belle in hanc ſententiam Maſſurius apud Gellium *lib. 11. cap. 18. Manifeſtum*, inquit, *furtum eſt, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis eſt, cum perlatum eſt, quo ferri cœperat.*

TEXTUS.

De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem teſtibus præſentibus furtiva res quæſita, & inventa ſit: nam in eum propria actio conſtituta eſt, quamvis fur non ſit; quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata ſit, eaque apud te concepta ſit; utique ſi ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta ſit, propria adverſus eum, qui obtulit, quamvis fur non ſit, conſtituta eſt actio, quæ appellatur oblati. Eſt etiam prohibiti furti actio adverſus eum, qui furtum quærere teſtibus præſentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna conſtituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti adverſus eum, qui furtivam rem apud ſe quæſitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, ſcilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in deſuetudinem abierunt. Quum enim requiſitio rei furtivæ hodie ſecundum veterem obſervationem non fiat, merito ex conſequentia etiam præfatæ actiones ab uſu communi receſſerunt: quum manifeſtum ſit, quod omnes, qui ſcientes rem furtivam ſuſceperint, & celaverint, furti nec manifeſti obnoxii ſunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

Con-

Conceptum furtum, item oblatum, non tam eſſe genera furti, quam ſpecies actionum furti cohærentes didicimus §. *præc.* quamvis Paulus 2. *ſent.* 31. & Cajus 2. *Inſt* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hic fit mentio, prohibito ſcilicet, & non exhibito.

Furtiva res quæſita & inventa] Is, apud quem teſtibus adhibitis res quæſita & inventa erat, quamvis fur non eſſet, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc. Concepti*, inquit, *actione is tenetur, apud quem furtum quæſitum & inventum eſt.* It. *Concepti is agere poteſt, qui rem concepit & invenit.*

Propria actio conſtituta] In triplum, ut teſtatur Gellius *lib.* 11. *c.* 18, ubi ſcribit, ea furta, quæ per lancem & licium concepta eſſent, perinde ac ſi manifeſta forent, duodecim tabulis vindicata: poſt vero tripli pœnam ordinario jure conſtitutam.

Oblatum furtum] Oblati furti is tenebatur, ſive fur, ſive alius quis, qui rem furtivam alii obtulerat, ne apud ſe deprehenderetur, atque ita pœnæ turpitudinem effugeret. Hic ei, apud quem res concepta erat, propria adverſus eum, qui obtulerat, actio dabatur, quæ dicebatur oblati; cujus vis in triplum item erat, ut teſtatur Gellius & Paulus iiſdem locis.

Prohibiti furti actio] Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud ſe teſtibus præſentibus inveſtigari prohibebat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud ſe quæſitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto.

In deſuetudinem abierunt] Quatuor ſuperiores actionum ſpecies tempore Juſtiniani dudum obſoleverant, & ideo nullam earum mentionem in Pandectis fieri voluit.

1 *Requiſitio rei furtivæ ſecundum veterem obſervationem*] Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetuſtiſſima eſt, utpote ex lege duodecim tabularum, teſte Gellio *d. loc. & lib.* 16. *cap.* 10. Ex Feſto autem diſcimus, lance & licio apud antiquos dici, quod qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumf. aut virginum præſentiam. Quod ſumptum videtur ab inſtitutis Athenienſium. Nam & Plato *lib.* 12. *de legibus*, ſic ſcribit; φωρᾷν ἢ ἂν ἐθέλῃ τὶς παρ᾽ ὁτῳοῦν, γυμνὸς ἢ χιτωνίσκον ἔχων ἄζωνος, &c. οὕτω φωρᾷν. Id eſt, ſi quis furtum apud quempiam velit quærere, is id faciat nudus aut licium habens, & diſcinctus. Nudi ædes ſuſpectas ingrediebantur, amicti tantum ſimplici cincticulo, quod hic veteres licium vocant, ne quid forte veſtibus conditum inferrent, dominoque ædium falſum crimen objectare poſſent. Hanc autem furti inveſtigandi rationem jam ſuo tempore ſublatam fuiſſe, refert Gellius *d. cap.* 10. ut veriſimile ſit, in locum ejus ſucceſſiſſe, quod hic ſcribit Juſtinianus, ut teſtibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur: quod tamen & ipſum, ut durū atq; inhumanum, quoniam hoc modo ſecreta cujusque hominum nimiæ curioſitati panduntur, poſtea exoleverit.

Furti nec manifeſti obnoxii ſunt] Quid ſi rei criminis plene convinci non poſſint, adſint autem non levia ſuſceptæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admittetur hodieque ejus rei inquiſitio in ædibus alienis, ſed auctoritate publica, miſſis executoribus juſtitiæ, non eo, cui furtum factum dicitur. *D. Tulden. comm. hic. cap.* 13. *poſt DD. commun.*

TEXTUS.

Pœna.

5. Pœna manifeſti furti quadrupli eſt, tam ex ſervi, quam ex liberi perſona: nec manifeſti, dupli.

NOTA.

5. TAM EX SERVI, QUAM EX LIBERI] Hoc dicit reſpiciens ad pœnam furti manifeſti ex lege 12. tab. qua ſervi è ſaxo præcipitabantur; liberi verberibus cæſi addicebantur ei, cui furtum factum eſſet, *Gell.* 11. *cap.* 18. Prætores autem id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta diſtinctione inter liberos & ſervos, convenit *cap.* 3. *Exod. c.* 5. *Deut.*

COMMENTARIUS.

1. *Furta varie mutata, etiam apud Romanos, à decemviris, à prætoribus. & n.* 5.
2. *Procedente tempore etiam criminaliter furti agi cœptum: & tandem civiliter agi deſitum.*
3. *Quæ furti pœna ex conſtitutionibus Friderici & Caroli Impp. & quomodo nunc fere fures plectantur.*
4. *Oſtenditur, non pugnare cum juſtitia attributrice, quod fures interdum etiam morte afficiantur.*

Pœna furti nec una apud omnes, nec eadem ſemper apud Romanos fuit. Nam alii pœna pecuniaria tantum; alii flagellatione, alii fuſtigatione; alii 1
effoſſione oculorum, aut alicujus membri amputatione, alii gravius etiam, adeoque morte furta multarunt, *vid. Alex. ab Alex.* 6. *genial. dier.* 10. *Bodin.* 6. *de republ.* 6. Decemviri fures manifeſtos verberibus affe-

affectos in ſervitutem tradi juſſerunt ei, cui furtum factum eſſet: ſervos furti manifeſti prenſos cædi, & è ſaxo præcipitari; furtis autem non manifeſtis tantum pecuniariam pœnam dupli impoſuerunt: quorum in altero ſeveritatem draconis, qui furta omnia capite plectebat, in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantum pœna vindicabat, ſecuti videntur. *Gell. lib. 11. cap. 18.* Cæterum prætoribus pœna illa furti manifeſti adhuc nimis acerba viſa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli fures non manifeſtos intactam reliquerunt. Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi cœptum eſt, & vindictæ publicæ cauſa extraordinaria animadverſione fures coerceri, pœnam ſtatuente judice pro qualitate circumſtantiarum: eaque perſecutio criminis jam tempore mediæ juriſprudentiæ frequentiore in uſu erat, quam actio furti civilis, *l. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Juſtinianus noviſſima ſanctione, qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abſciſſio infligatur; ſed ut aliter fures caſtigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel ſimili, quam conſtitutione ſua non excepit *Nov. 134. cap. ult. auth. ſed novo C. de ſerv. fugit.* Poſterioribus vero ſeculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ ſunt. Cæterum ſeverius furta vindicari placuit, propter creſcentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda pœnæ antiquæ jam non amplius ſufficere videbantur.

5 Extat Friderici Imperatoris conſtitutio *lib. 2. Feud. tit. de pact. ten. & ejus viol.* qua jubet eum, qui quinque ſolidos aut rem ejuſdem valoris furatus fuerit, laqueo ſuſpendi, eum vero, qui minus furtum commiſerit, ſcopis & forcipe excoriari & tundi, ſive, ut Hotomannus legit, tonderi, *§. ult. dict. tit.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur *eod. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter ſubdit. § injuria ſeu furtum.* Quod autem plerique Fridericum loqui putant non de ſimplici furto, ſed ſeditioſo, id eſt, eo, cum quo concurrit & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ vid. *Lud. Gomez. ad §. ex maleficiis 18. n. 3. 4. & 5. inf. de act. Clar §. furtum, n 7. Schneid. in §. ult. hoc tit. nu. 6.* id vix confutatione dignum videtur. Quid enim commune habet furtum cum violatione pacis? Sed & violatio pacis publicæ per ſe crimen capitale eſt, neque in eo locum habet diſtinctio, quam Fridericus facit. Recentior eſt conſtitutio Caroli Quinti, qua cavetur, ut fures, præſertim non manifeſti, neq; magnæ rei, & ſemel duntaxat furti convicti, lenius, iterum & tertio convicti gravius & capite puniantur; habita tamen ratione ſexus, ætatis, &c. *art. 157. & ſeqq. conſt. imp cauſ. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris conſtitutionem mores hodierni fere ſequuntur. Prima enim vice nunc virgis fures cædi ſolent: iterum patrato facinore acrius caſtigantur, atque inſuper tergis eorum ſtigma inuritur, ut hoc ſit eis cauterium emendatioris vitæ: denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coërcitione emendari non potuit, reſte finiant. Qui tamen ordo animadverſionis nonnunquam mutatur, circumſtantiis judicem aliter moventibus. *Gomez. ad d. § ex maleficiis, num. 4. Chaſſan. ad conſuet. Burg. rubr. 1. § 5. verſ. ſimplex. num. 2. Clar. d. §. furtum. n. 12. Covar. 2. reſol. 9. num. 7. & 10. num. 2. Damhoud. prax. crim c. 110 nu 28. & ſeq. Gudelin. 5. de jur. nov. 19.* Privatis tantum relicta eſt ejus, quod ſurreptum eſt, judicio civili perſequendi facultas.

4 Sunt qui haſce pœnas præſertim capitalem illam laquei, ut duras nimis, & proportionem pœnæ ad delictum longe excedentes, in totum damnant, negantque juſtitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus duntaxat externis alteri nocuit, maxime cum etiam lex divina Hebræis per Moſen data non majore pœna, quam pecuniaria, fures plecti jubeat *Exod. c. 22.* Verum reſpondent alii, nos legibus pœnalibus Moſaicis, utpote politicis, non teneri, utique quoad gradus pœnarum obſervandos, quibus delicta coërceantur: ſatis eſſe ſi leges noſtræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur; gradus pœnarum permittendos eſſe legum conditoribus: quibus proinde fas ſit, ſeverius delicta punire, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantum bonis nocetur, capite plectere, ſi viderint publice id expedire, neque mitiore ratione cives à flagitio deterreri poſſe. Illam vero proportionem, quæ debeat eſſe culpam inter & pœnam, non ſpectare abſolute & nude materiam delicti, ſed habere reſpectum ad hunc finem, ut in quieto ſit vita communis, & imperturbata maneat civium inter ſe ſocietas. Quare ſi talis ſit pœna, cujus metu cives à delinquendo non videantur revocari poſſe, eam proportionatam non eſſe, quamvis alias per ſe & ratione damni, quod illatum eſt, ſatis ſit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia pœnæ ex amuſſim reſpondeat materiæ culpæ, hoc eſt, ut bonum, quo pœna privat, neutiquam excedat bonum illud, quo delinquens privavit proximum ſuum: ſed æſtimandum eſſe ex fine, publico ſcilicet bono, & transgreſſione legis atque inobedientia. Idque etiam Ariſtotelem docere *2. polit. cap. ult.* ubi ait Legiſlatores in puniendis delictis ſæpe reſpicere πρὸς τὸ συμφέρον, id eſt, ad id, quod publice expedit. Et intellexiſſe Claudium Saturnium in *l. aut facta 16. in fin. de pœn.* ubi ſcribit ſupplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis graſſantibus exemplo opus eſt: in quam ſententiam etiam diſſerit Cæcilius apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* ubi ait, acerbitatem ulciſcendi maleficii plerumque bene atque

caute

cautè vivendi eſſe diſciplinam. Poſtremo neque furta quælibet hodie morte puniri, ſed ea duntaxat, quæ vel enormia ſunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ ſæpius perpetrata leviori animadverſione corrigi non potuere. *Covarr. 2. reſol. 9. n. 7. Dan. Moll. 1. ſemeſtr. 37. n. 5. & ſen Weſemb. par. de fur. in fin.* late *Lud. Molin. de juſt. & jur. tom. 3. tract. diſp. 2. Perez. in C. de furt. n. 15. & ſeqq.*

Tam ex ſervi, quam ex liberi perſona] Reſpicere videtur ad pœnam furti manifeſti ex lege 12. tabularum. Nam ea pro conditione perſonæ ejus, qui furtum feciſſe, diverſa erat; ſervi è ſaxo præcipitabantur; liberi verberibus cæſi addicebantur ei, cui furtum factum eſſet, ut ex Gellio ſupra retulimus. At prætores mutata legis pœna, & pecuniaria quadrupli furto manifeſto impoſita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta diſtinctione inter liberos & ſervos; ut ſcilicet nomine ſervi furis manifeſti dominum pœnali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem pure & directe, ut homo liber convenitur ex maleficio proprio, ſed judicio noxali, *inf. tit. de nox. act.* Quod ſi quis furti à ſervo commiſſi criminaliter agere velit, ipſe ſervus conveniendus eſt.

TEXTUS.

Quomodo furtum fit; De contrectatione.

6. *Furtum autem fit, non ſolum cum quis intercipiendi cauſa rem alienam amovet: ſed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque ſive creditor pignore, ſive is, apud quem res depoſita eſt, ea re utatur; ſive is, qui rem utendam accepit, in alium uſum eam transferat, quam cujus gratia ei data eſt, furtum committi: veluti ſi quis argentum utendum acceperit, quaſi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre ſecum tulerit: aut ſi quis equum geſtandi cauſa commodatum ſibi, longius aliquo duxerit: Quod veteres ſcripſerunt de eo, qui in aciem equum perduxiſſet.*

NOTÆ.

In alium uſum re transferat] Vel etiam alii utendum concedat. Species enim lucri eſt ex alieno largiri, & beneficii ſibi debitorem acquirere, *d. l. 54. §. 1.*

Qui in aciem] Cujacio legendum videtur, *Qui in Ariciam acceptum equum longius perduxiſſet*, ex Valerio & Symmacho, *dd. loc.* quanquam conſtans eſt hæc lectio, *in aciem* Theoph. εἰς παράταξιν.

COMMENTARIUS.

1. *Quid moribus horum temporum circa hunc §. obſervetur.*

Furtum fieri intelligitur non tantum ſi quis rem alienam clam domino amoveat, ipſius rei intervertendæ cauſa, verum etiam ſi quis id faciat, ſolius uſus rei in lucrum ſuum transferendi gratia; adeoque non amovendo tantum, ſed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe ſi quis ea re, quam voluntate domini apud ſe habet, non ex voluntate domini utatur. In ſumma, ut Sabinus ait apud Gellium *lib. 11. c. 18. Qui alienam rem attrectavit, cum id ſe invito domino facere judicare deberet, furti tenetur.*

Si creditor pignore, &c.] Pignus non ad utilitatem, ſed ad ſecuritatem datur, *§. ult. ſup. quib. mod. re contr. obl.* depoſitum cuſtodiæ cauſa non uſus, *tot. tit. depoſ.* Itaque ſi creditor pignore, is apud quem res depoſita eſt, ea re utatur, furtum committi intelligitur. Idem eſt, ſi commodatarius in alium uſum, quam in quem accepit, rem commodatam transferat; & magis idem, ſi quis pecuniam, quam ad alium perferendam accepit, convertat in uſus ſuos, *l. qui jumenta 40. l. ſi pignore 54. l. qui re 76. hoc tit. l. 7. C. eod.* Sed & eum, qui quid utendum accepit, ſi id alii commodaverit, furti obligari traditum eſt; nec quem movere debere, quaſi hic nihil lucri ſui cauſa faciat: ſpeciem enim lucri eſſe ex alieno largiri & beneficii ſibi debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideo rem amovet, ut alii donet, *d. l. ſi pignore, §. 1.*

Veluti ſi quis argentum, &c. aut equum geſtandi cauſa] *l. 5. §. quin imo 8. commod. d. l. 40. h. t. Gell. lib. 7. c. 15.* Memorabile eſt, quod refert Val. Max. *lib. 8 cap. 2.* & Symmach. *7. epiſt. 69.* furti quendam damnatum eſſe, quod equo, cujus uſus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus eſſet. Quod tamen mihi perquam durum videtur: neque puto criminaliter ex hujusmodi cauſis agi potuiſſe. Sane pœna corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantum locum habet in amotione rei è loco, in quo dominus eam poſuerat; non etiam cum alias ignorante domino contrectata eſt, puta à creditore, aut depoſitario, pignore aut re depoſita utentibus, aut à commodatario exceden-

dente præſcriptum utendi modum. Excipit D. Tuldenus *comm. hic cap. 2.* fraudem publici tabularii: & merito. Moribus horum temporum creditor aut depoſitarius re pignerata aut depoſita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quam utendam accepit, furti actione, quæ ſoli fiſco nunc competit, non tenentur, ſed tantummodo actione civili in id, quod ejus, qui pignori dedit, depoſuit, aut commodavit, intereſt, id factum non eſſe. *Zypæ. not. jur. Belg. de furt. verſ. pen.* Autumn. *confer. du droict*, *in l. qui jumenta 40. hoc tit.* Groenevv. *d. ll. abrog. hic.*

T E X T U S.

De affectu Jurandi.

7. *Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, ſi ſe intelligant id invito domino facere; eumque, ſi intellexiſſet, non permiſſurum; at ſi permiſſurum credant, extra crimen videri: optima ſane diſtinctione; quia furtum ſine affectu furandi non committitur.*

N O T A.

Sine affectu furandi] *l 37. de uſuc.* Furtum non committitur χωρὶς κακῆς προθέσεως, Pſell. cum facto etiam animum furis exigit, *l. 41. ad leg. Aq.* nec tam factum quæritur, quam faciendi cauſa, *l 39. eod.* Nam maleficia ex propoſito delinquentis æſtimantur, *l. 53. eod.*

Commentarius.

1. *Species quædam notabilis.*

Cum furtum ſine animo & affectu furandi, χωρὶς κακῆς προθέσεως, non committatur, *l. furtum 37. de uſuc.* neque tam factum quæratur, quam faciendi cauſa: *l. verum 39 hoc tit.* recte dictum eſt eum, qui putavit ſe voluntate domini rem attingere, non eſſe furem. Qui enim dolo facit, qui putat dominum conſenſurum fuiſſe, ſive falſo id, ſive vere putet? Is ergo ſolus fur eſt, qui attrectavit, quod invito domino ſe facere ſcivit, *l. inter omnes 46. §. recte 7. eod.*

Rebus commodatis aliter uterentur] Idem eſt, ſi quis utatur re, quæ utenda quidem data non eſt, ſed
1 cuſtodiæ aut pignoris cauſa tradita, exiſtimans ſe id facere domino non invito, *l. qui re 76. eod.* Sed quid dicendum, ſi quis rem aliquam uſus ſui cauſa ex ædibus alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat ſe putaſſe dominum id permiſſurum fuiſſe? Equidem ſi vir ſit integræ famæ, & juſtam cauſam hujus opinionis habeat, puta quæ mutua amicitia, neceſſitudine, familiaritate nitatur, dixerim nec hunc furem habendum eſſe, cum *Ioan. Fab. & Ang. hic.* per text. generalem in *d. l. inter. 46 §. recte, hoc tit.* alias ſuſpicione furti & gravi præſumtione onerabitur, *arg. l. qui vas 48. §. 3. eod.* Nam ut recte ait Bald. in *l. 6. C. de dol.* in his, quæ ſunt de genere prohibitorum, ſemper dolus præſumitur. Quæ ſententia etiam communi calculo comprobata eſt, in *l 5. C. de injur.* Et ideo ne domini quidem atteſtatio, profitentis conſenſu ſuo rem amotam eſſe, furem liberabit, utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur, niſi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc tunc locum habet, cum furti criminaliter agitur: nam privatam ſui juris perſecutionem unusquisque remittere poteſt. Ita poſt *Bart. in d. l. inter. §. recte, hoc tit. & DD. in l. tranſigere, C. de tranſact.* concludit Gomez. *3. reſol. 5. n. 2.*

T E X T U S.

De voluntate Domini.

8. *Sed & ſi credat aliquis invito domino ſe rem commodatam ſibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæſitum eſt, quum Titius ſervum Mævii ſolicitaverit, ut quaſdam res domino ſurriperet, & ad eum perferret, & ſervus id ad dominum pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipſo delicto deprehendere, permiſerit ſervo quaſdam res ad eum perferre; utrum furti, an ſervi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis ſuper hac dubitatione ſuggeſtum eſt, & antiquorum prudentium ſuper hoc altercationes perſpeximus, quibusdam neque furti, neque ſervi corrupti actionem præſtantibus, quibusdam furti tantummodo: Nos hujusmodi calliditate obviam euntes, per noſtram conſtitutionem ſancimus, non ſolum furti actionem, ſed &*

ſervi corrupti contra eum dari. Licet enim is ſervus deterior à ſolicitatore minime factus eſt, & ideo non concurrant regulæ, quæ ſervi corrupti actionem introducunt: tamen conſilium corruptoris ad perniciem probitatis ſervi introductum eſt, ut ſit ei pœnalis actio impoſita, tanquam ſi re ipſa fuiſſet ſervus corruptus: ne ex hujusmodi impunitate & in alium ſervum, qui facile poſſit corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur.

NOTÆ.

8. SI CREDAT INVITO, &c. DOMINO AUTEM VOLENTE] Pomponius *l. 46. §. pen. eod.* ait furtum quidem fieri: ſed negat hoc caſu furti agi poſſe; quia dominus in uſum conſentiens re ipſa fraudatus non eſt, *arg. l. 145. de reg. jur.*

NEQUE SERVI CORRUPTI] Quippe quæ ei tantum à prætore proponitur, cujus ſervus perſuaſione alterius corruptus eſt, *l. 1. de ſerv. corrupt.* quod hic factum non eſt.

PER NOSTRAM DECISIONEM] *l. 20. de furt.* ubi vel conatum tam improbum ſolicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

TANQUAM SI RE IPSA, &c CORRUPTUS] Si autem ſervus re ipſa corruptus fuiſſet in duplum, quanti ea res eſt, in corruptorem judicium daretur, *l. 1. de ſerv. corrupt.*

COMMENTARIUS.

1. *Eum, qui rem alienam, licet inſuper habente domino, fraudulenter contrectat, revera furtum facere: furti tamen non obligari.*
2. *Cur dubitatum, utrum ſolicitator ſervi in hypotheſi propoſita actione furti aut ſervi corrupti teneatur, nec ne.*

QUod hic ait Juſtinianus furtum non fieri, etiamſi quis credat ſe rem invito domino attrectare, cum id faciat domino volente, id non de facto ipſo, ſed de pœna facti accipiendum eſt, videlicet in propoſito non eo effectu furtum committi, ut is, qui
1 contrectavit, pœnali actione furti teneatur. Neque enim negari poteſt, quin revera furtum faciat, & peccato conſcientiam obſtringat, qui rem alienam lucri ſui cauſa fraudulenter contrectat, etiamſi illo ignorante dominus id inſuper habeat. Quod & Pomponius fatetur *l. inter 46. §. pen. hoc tit.* Cæterum negat eum hoc caſu furti obligari, id eſt, furti cum eo agi in foro civili poſſe: quoniam dominus, qui eum uti voluerit, etiamſi id fur ignoret, re ipſa fraudatus non ſit, *arg. l. nemo 145. de reg. jur.* Sunt vero & alii caſus, quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de cauſis à magiſtratu denegatur, *vid. l. 1. in fin. rer. amot. l. ſervi 17 l. ſi libertus 89. hoc tit. §. hi qui 12. inf. eod.*

Unde illud quæſitum, &c.] Quoniam placet, furti non obligari eum, qui rem alienam contrectat, ſi id faciat domino volente, licet hoc ipſe ignoret, quæſitum inde eſt, an furti teneatur, qui ſervum alienum ſollicitavit, ut res aliquas domino ſurriperet, & ad ſe perferret, ſi dominus per ſervum ejus rei certior factus permiſerit ſervo res quaſdam ad ſollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehendat. Quibusdam viſum eſt furti actionem non magis hoc caſu competere, quam ſuperiore: quia cui volenti furtum factum eſt, furti agere non poteſt. Aliis vero contra; quoniam voluntas iſta non ſeria fuit ſed ſimulata, ut fur deprehenderetur. Simul illud quoque quæſitum, an ſuaſor iſte ſeu ſollicitator in propoſita hypotheſi teneatur actione ſervi corrupti, quæ in duplum quanti ea res eſt, à prætore proponitur adverſus eum, cujus perſuaſione ſervus corruptus aut deterior factus eſt, *l. 1. de ſerv. corrupt.* Veteribus placuit non teneri quia prætor de eo tantum loquitur, à quo ſervus perſuaſus & corruptus eſt: in propoſito autem ſuaſiſſe quidem ſollicitatorem, pravumque conſilium ſervo dediſſe; at non perſuaſiſſe & feciſſe deteriorem; proinde nec eſſe, quod hic æſtimari & duplari poſſit. Cæterum Juſtinianus *l. ſi quis 20. C. hoc tit.* non attenta diſputatione veterum cenſuit, vel conatum tam improbum ſollicitatoris puniendum eſſe, proque furto & corruptione habendum: nam etſi is conatus revera effectum non habuit, habuiſſe tamen opinione pernicioſi ſuaſoris, atque eſſe rem peſſimi exempli; ut hic, & *d. l. 20.* latius diſſerit. Quantum igitur hoc caſu judicio ſervi corrupti poſtulabitur? Quantum ſcilicet deberetur, ſi revera ſervus corruptus fuiſſet.

TEXTUS.

Quarum rerum furtum fit. De liberis hominibus.

9. *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit; veluti ſi quis liberorum noſtrorum, qui in poteſtate noſtra ſunt, ſubreptus fuerit.*

COM-

COMMENTARIUS.

SI filiusfam. ſubreptus ſit, palam eſt, patrem habere furti actionem, inquit Ulp. *l. 14. §. ſi filiusfam. hoc tit.* Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium ſumenda eſt, quo filius inſtar ſervi in patris manu poteſtate ac ditione erat: unde etiam liberi, qui in poteſtate ſunt, vendicari potuerunt, hac adjecta clauſula, *Ex lege Quiritium l. 1. §. 2. de rei vend.* Ob furtum igitur filiuſfam. tripliciter agi poterit. Judicio criminali extra ordinem, *l. ult. hoc tit.* judicio publico legis Fabiæ de plagiariis, *l. ult. C. ad leg. Fab. de plag.* & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æſtimatio corporis fieri poteſt, *l. 1. §. ſed cum 5. de his qui effud.* multiplicabitur hic ſecundum interpp. id quod patris intererit. Mater filii ſurrepti actionem non habet, quia nec in poteſtate eum habet; *l. mater 38. hoc tit.* Sed nec patri datur condictio, utpote quæ non niſi vero domino competit, *l. 38. §. 1.*

TEXTUS.

De re propria.

10. *Aliquando etiam ſuæ rei furtum quis committit; veluti ſi debitor, rem, quam creditori pignoris cauſa dedit, ſubtraxerit.*

NOTA.

10. QUAM CREDITORI PIGNORIS CAUSA] *l. 12. §. 2 d. l. 19. §. pen. l. 79. de furt.* Minus autem proprie hîc dicitur debitor rei ſuæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris eſt, intervertit. Rei enim noſtræ furtum facere non poſſumus. Paul. 2. *ſent. 31.* Ariſtot. 5. *Eth. ult.*

COMMENTARIUS.

QUi rem pignori dat, eamque ſurripit, furti actione creditori tenetur, *l. itaque 12. §. 2. l. in acti. ne 19. §. pen. l. ſi debitor 79. l. creditor 87. hoc tit.* Furtum autem rei pigneratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum poſſidenti ſive tenenti creditori aufert; verum & ſi eo tempore abſtulerit, quo non poſſidebat, ut puta ſi rem pignoratam vendidit: nam & hic furtum eum facere, ſæpiſſime reſponſum eſt, *d. l. in actione 19. §. ult. l. ſi is qui 66. in pr. eod. l. 6. Cod. pro empt.* Cæterum minus proprie hic dicitur debitor rei ſuæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris eſt, intervertere conatur. Rei enim noſtræ furtum facere non poſſumus. *Paul. 2. ſent. 21. Ariſtot. 5. eth. ult.* Neque hæc ſpecies ad rigorem noſtri temporis pertinet.

TEXTUS.

Qui tenentur furti. De eo cujus ope, conſilio, furtum factum eſt.

11. *Interdum quoque furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit: qualis eſt is, cujus ope & conſilio furtum factum eſt. In quo numero eſt, qui tibi nummos excuſſit, ut alius eos raperet; aut tibi obſtiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres ſcripſerunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed ſi quid eorum per laſciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, factum eſt, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & conſilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui ſcalas forte feneſtris ſupponit; aut ipſas feneſtras vel oſtium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut ſcalas, ut feneſtris ſupponerentur, commodaverit, ſciens, cujus rei gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, ſed tantum conſilium dedit, atque hortatus eſt ad furtum faciendum, non tenetur furti.*

NOTÆ.

UT ALIUS EOS RAPERET] Dummodo & rapuerit: nam ſi nummi perierint, & ad neminem pervenerint, damni injuriæ actio datur, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aq.*

IN FACTUM ACTIO DARI DEBET] *d. l. 50 § ult.* prætoria ſcilicet aut ſi pecora præcipitata ſunt, in factum civilis, ſive utilis actio damni injuriæ quaſi ex lege Aquilia, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aq. l. 51. de furt.*

VEL IPSAS FENESTRAS &c.] *l. 50. §. pen. l. 54. §. pen. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Verba* ope conſilio *ſeparatimne accipienda, an conjunctim.*
2. *Explicatur homonymia verbi* conſilium, *& effectus ſecundum ſingula ſignificata indicantur. & n. 3.*

NOnnunquam & ille furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit, id eſt, rem ipſe non contrectavit; veluti is, cujus ope, conſilio, furtum factum eſt, in quem prodita eſt hæc formula, *ope, conſilio tuo furtum factum eſſe ajo, l. ſi ſervus 27. §. ſi quis 21. ad leg. A-*
1 *quil.* Illud ſatis expeditum non eſt, verba hæc, *ope, conſilio*, ſeparatim accipienda ſint, an conjunctim. Nam Paulus reſpondet ſeparatim accipienda, idque convenienter ſententiæ Labeonis, quod aliud ſit factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui conſilio furtum facit, *l. ſæpe 53. §. ult. de verb. ſign.* Idem quoque Ulpianus non obſcure indicat *l. ſi quis 52. in pr. & §. neque verba 19. hoc tit.* ibi, *opem ferre, vel conſilium dare.* Et clarius in *l. 6. de condict. furt.* qui etiam alibi hæc ſic diſtinguit, *Conſilium*, inquit, *dare videtur, qui perſuadet & impellit atque inſtruit conſilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui miniſterium atque adjutorium ad ſurripiendas res præbet, l. in furti 50. §. pen. hoc tit.* Secundum quæ actione furti tenebitur non ſolum cujus ope & conſilio ſimul furtum factum eſt; ſed etiam is, qui vel conſilium tantum dedit, vel tantum opem tulit, *d. l. 6. de cond. furt.* Verum ex adverſo conjunctim potius utrumque factum accipiendum eſſe, neque alterum abſque altero furti quempiã obſtringere, multis locis ſignificari videtur, uti in *l. qui ſervo 36. in fin. pr. l. in furti 50. §. 1. hoc tit. l. ſi ſervus 27. § ſi quis 21. ad leg. Aquil.* atque ab ipſo adeo Paulo in *d. l. ſæpe 53. §. ult. de verb. ſign.* cum ait, poſt veterum auctoritatem eo perventum eſſe, *ut nemo ope videatur feciſſe, niſi & conſilium malignum habuerit, nec conſilium habuiſſe noceat, niſi & factum fuerit.* Denique hoc ipſo loco in calce §. noſtri, ait Imperator, furti non teneri eum, qui tantum conſilium dedit atque hortatus eſt ad furtum faciendum. Sic ſentio, utrumque factum ſeorſum ad obligationem furti ſufficere, vel inquam conſilium dare, vel opem ferre: neque enim ex eo, quod hæc verba, *ope conſilio*, ſæpe conjunctim proponantur, aut in hypotheſi utrumque factum concurrit, protinus ſequitur, furti non aliter agi poſſe, quam ſi utrumque concurrat: neque ea aut Pauli in *d. l. ſæpe*, aut Juſtiniani hoc §. ſententia eſt, ut planum fiet explicata homonymia,
2 quæ eſt in verbo *conſilium.* Triplex vero hujus verbi in re propoſita uſurpatio eſt. Nam aliquando generaliter verbo conſilii ſignificatur malitioſum propoſitum ſeu animus doloſus: quo ſenſu nemo dici poteſt ope furtum facere ſine conſilio, *l. in furti 50. §. 2. l. ſi pignore 54. §. pen. hoc tit.* verbi gratia, qui furi ſcalas commodavit, ignorans cujus rei gratia commodato peterentur, furti non tenentur: atque hoc eſt, quod ſibi vult Juriſconſultus *d. l. ſæpe in fin. de verb. ſign.* Nonnunquam conſilium uſurpatur pro ſimplici ſuaſione ſeu monitione, veluti ſi quis de paupertate conquerentem hortetur, ut furto ſibi pecuniam quærat: cujuſmodi ſimplex conſilium furti neminem obligat, quantumvis furtum ſecutum ſit: quod ſignificat Juſtinianus in fine hujus text. Tertio conſilium ſtrictius accipitur, ut ſit idem quod perſuaſio, impulſio, ſimulque inſtructio ad furtum faciendum; quale eſt, exempli cauſa, ſi quis furi rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia repoſita eſt, commonſtret; in quo ſignificatu conſilium opponitur operæ, quæ actum proximè ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipſo furto præſtatur, deſignat, *d. l. in furti §. pen.* Hæc conſilii ſpecies, etſi nullum porro miniſterium ſeu opera accedat, conſulentem obligat; utique ſi alter conſilium datum ſecutus furtum commiſerit: nam ſi ille relicto conſilio à furto abſtinuerit, verius eſt, nec eum, qui tale conſilium dedit, furti obſtringi, *arg. l. qui ſervo 36. pr. l. ſi quis 52. § neque 19. h. t. d. l. ſæpe § 1. in fin. de verb. ſign.* quo loco, quod notandum eſt, Juriſconſultus primum voce conſilii intelligit malignum propoſitum & ſcientiam opem ferentis, mox perſuaſionem atque inſtructionem ad furtum faciendum; uti & in *pr. ejusd. §. 1.*

Qui tibi nummos excuſſit, &c.] *l. ſi quis 52. §. ſi quis 13. hoc tit.* Sabinus hoc caſu etiam in factum dari poſſe actionem ait, *l. ſi ſervus 27. § ſi quis 21. ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib. 11. c. 18.* refert, furem eſſe hominis judicatum, qui cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ, tanquam ſe amiciens, ne videretur à domino, obſtitiſſet.

Qui panno rubro] *l. in furti 50. §. ult. hoc t.* Tauros & boves rubicundi coloris adſpectu excitari & furorem eis acui, ſcribit Seneca *lib. 3. de ira.* Ovid. 12. *Metam.* eoque alludit Cicero *lib. 2. de divin.* cum quærit, an taurus is, cujus cor in ſacrificio non erat inventum, conſpecta Cæſaris purpura ſic expaverit, & terrore examinatus ſit, ut repente cor amiſerit.

Per laſciviam] Si quis hoc furti faciendi cauſa, ſed per petulantiam quid eorum, quæ dicta ſunt fecerit, non actione furti, ſed in factum tenetur, *d. l. in furti §. ult.* Quod ſi res ita perierit, ne ad aliquem perveniret, utilis actio damni injuriæ quaſi ex lege Aquilia datur: neque hic diſtinguitur, furti faciendi animo, an per laſciviam quid factum fuerit, *l. ſi ſervus 27. §. ſi quis 21. ad leg. Aquil. l. nam & 51. hoc tit.*

Qui

Qui ſcalas feneſtris ſuppoſuit] Qui vel oſtium effregerit, vel ferramenta ſciens commodaverit ad effringendum oſtium vel armarium, vel ſcalam ſuppoſuerit, vel ſciens commodaverit ad adſcendendum, licet nullum ejus conſilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur, *l. ſi pignore 54. §. pen. hoc tit.*

Tantum conſilium dedit atque hortatus eſt] Quod ante diximus, ob ſimplex conſilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiamſi furtum ſecutum fuerit, id verùm eſſe, perſpicue oſtendit hic noſter textus : quem proinde malè nonnulli ſic limitant, niſi furtum fuerit ſecutum : nam ſi furtum ſecutum non ſit, nec is, qui furem conſilio inſtruxit, aut inſtrumenta ad furtum faciendum ſciens commodavit, furti tenetur: quippe ubi nulla contrectatio intervenit, furtum intelligi non poteſt. Hodie in univerſum mitius, quam fures, puniuntur, quorum ope, conſilio furtum factum eſt. Neque enim in caput aut corpus eorum ſævitur, niſi in ipſo actu furandi auxilium furibus præſtiterint, ut hic docent interpretes.

TEXTUS.

De his qui ſunt in poteſtate. Et de ope ac conſilio extranei.

12. Hi, qui in parentum, vel dominorum poteſtate ſunt, ſi rem eis ſurripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam cauſam cadit, nec ob id ab ullo uſucapi poteſt, antequam in domini poteſtatem revertatur : ſed furti actio non naſcitur ; quia nec ex alia ulla cauſa poteſt inter eos actio naſci. Si vero ope & conſilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur : quia verum eſt, ope & conſilio ejus furtum factum eſſe.

NOTA.

SED FURTI ACTIO NON NASCITUR] Quia pater & dominus privatæ animadverſionis jus habent, *l. 17. de furt.* vel quia non magis cum his, quos in poteſtate habemus, quam nobiſcum ipſi agere poſſumus, *l. 16. eod.* niſi filius habeat caſtrenſe peculium, *l. 4. de judic. l. 52. §. 5. de furt.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur ſervi & filii furtum nobis facientes furti non teneantur.*
2. *Quid ſi filius caſtrenſe peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi.*
3. *Furtorum domeſticorum coërcitio vetus & hodierna.*

SErvi & filii noſtri furtum quidem nobis faciunt, ipſi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex affertur ratio : tùm quod dominus & pater in ſervum & filium privatæ animadverſionis jus habent, *l. ſervi 17. h. t.* qua eadem ratione placet, nec libertum patrono, nec mercenarium patrifam, furtum facientes actione furti conveniri poſſe, *l. ſi libertus 89. eod.* tum quod non magis cum his, quos in poteſtate habemus, quam nobiſcum ipſi, agere poſſumus, *l. nec cum 16. eod.* Et domino quidem nulla unquam cum ſervo actio eſſe poteſt : at poteſt aliquando patri lis eſſe cum filio, quem in poteſtate habet, nempe ſi filius caſtrenſe habeat peculium, atque ex ea cauſa conveniatur, *l. 4. de judic.* Quid ergo filius caſtrenſe peculium habens furtum patri fecerit ? Defendi poteſt utili actione eum teneri, cum habeat, unde ſatisfaciat, *l. ſi quis 52. §. ſed ſi 5. hoc t.* Ex converſo quoque ſi pater rem caſtrenſis peculii filii ſubtraxerit, furti patrem teneri, reſponſum eſt, *d. l. 52. an autem 6.* quod tamen, ut rectè plerique monent ; accipiendum erit de utili in factum actione : neque enim ulla actio famoſa, qualis eſt furti, filio adverſus patrem datur, *l. 5. de obſeq. par. præſt.* 1 2

Nec ab ullo uſucapi poteſt] Etſi ex cauſa furti, à ſervo aut filio facti, domino aut patri actio non conceditur ; tamen quia furtum revera factum eſt, res vitio furti afficitur ; ac proinde uſucapi non poteſt, antequam vitium purgetur : quod fit, cum in poteſtatem domini reverſa eſt, *§. 2. & ſeq. ſup. de uſucap.*

Si vero ope & conſilio] *l. qui ſervo 36. §. 1. h. t.* Et hoc quoque conſequens eſt ei, quod dixit verè, in propoſito furtum fieri. Pari ratione ſi quis uxori res mariti ſubtrahenti opem conſiliumve accommodaverit, furti tenetur, etſi illa non teneatur, ſed rerum amotarum, *d. l. ſi quis 52. pr. junct. l. 1. & 2. de act. rer. amot.* Furta domeſtica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem pœnam, quam alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi ; tamen leges, præſertim ſi viliora ſunt, publicè ea vindicari vetant, *l. perſpiciendum 11. §. 1. de pœn.* nimir. quoniam antiquitus coërcitio eorum permiſſa erat ipſi patrifa. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab uſu receſſit, non minus ſeverè hæc, quam cætera furta, 3

publice nunc vindicanda cenſeo cum D. Tuldeno *comm.hic c. 3.in fin.add.Grœnevv.d.ll.abrogand. hic.*

TEXTUS.

Quibus datur actio furti.

13. Furti autem actio ei competit, cujus intereſt rem ſalvam eſſe, licet dominus non ſit. Itaq; nec domino aliter competit, quam ſi ejus interſit rem non perire.

COMMENTARIUS.

1. *Temperatio regulæ à Iuſtiniano hic tradita.*
2. *Remotio eorum, quæ huic loco obſtare videntur.*

DOcet hic Juſtinianus, cui competat actio furti, & primum generaliter definit; actionem hanc competere omnibus; quorum intereſt, furtum factum non eſſe: mox quaſi hoc amplians, ſubjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non ſit, cui res ſurrepta eſt, denique nec ipſi domino aliter furti actionem competere, quam ſi ejus interſit rem ſalvam
1 eſſe: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa ſic temperanda eſt, ſi interſit ex honeſta cauſa, *l.10.cum ſeq.h.t.* Neque enim furi aut malæ fidei poſſeſſori, quamvis eorum interſit rem non ſurripi, actio furti datur; cum nemo ex improbitate ſua actionem conſequi debeat, *l.itaque 12. § 1.l.eum qui 14.§.3.& 4.l.qui re. 76.§.1.eod.* Ab Ulpiano tamen unus caſus profertur, quo fur furti agere poteſt, *l. qui vas 48.§ ſi ego 4. eod.* Illud in univerſum hic tenendum, ſufficere ad actionem furti, quod tunc interfuit; cum furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius interſit, ut docet Juriſconſultus, *l. inter omnes 46. in pr. eod* Quod vero addit Juſtinianus, *licet dominus non ſit*, ei multa obſtare
2 videntur. Primum quod emptori, cui res nondum tradita eſt, actio furti denegatur ſolum ob hoc, quod dominus non eſt, *§.3.ſup.de empt.d.l.14.in p. junct.l ſi vendidero 80.hoc tit.* cum tamen conſtet, emptoris etiam hic intereſſe; quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita ſit, omne damnum pertineat, *d. §.3. de empt.* Deinde etſi creditoris intereſt habere idoneum debitorem, ſcribit tamen Gajus, creditorem ob rem debitoris ſurreptam furti agere non poſſe, quamvis aliunde creditum ſervare nequeat, *l.interdum 49. hoc tit.* Denique traditum eſt, nec eum, qui ex ſtipulatu vel teſtamento res aliqua debetur, ea ſurrepta actionem furti habere, quamvis ejus interſit, *l.is cujus 85.in fin.eod.* Cæterum ad hæc reſpondemus, quod dicitur, actionem furti dari iis, quorum intereſt; etſi Domini non ſunt, id non pertinere ad omnes, quorum quolibet modo intereſt, rem ſalvam eſſe, aut ſurripi, ſed ad eos duntaxat, quorum culpa res ſurrepta eſt, cum eam ex voluntate domini ſuo periculo tenerent, veluti ex cauſa commodati, locati, pignoriſve accepti, *d. l. 14. §. an pater.10. & multis ſeqq.hoc tit.* Atque hoc perſpicue etiam docet Paulus *d. l. is cujus 85. in pr. eod.* Poſtremo quod Juſtinianus ait, nec domino actionem furti competere, niſi interſit rem non perire, in eo reſpicit ad caſus jam dictos, & qui tractantur *§§. proxime ſeqq.* quibus ſcilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejuſve æſtimationem conſequendam adverſus alios habet. Nam extra hujuſmodi caſus ſolum dominium vicem obtinet ejus, quod intereſt, ut oſtendit *l. ſi vendidero 80.pr.hoc tit.* ubi venditori, re ante traditionem ſurrepta, actionem furti competere Papinianus ſcribit, quoniam ejus interſit duplici de cauſa, vel ideo, quod adhuc dominus eſt, vel quia ad præſtandas actiones tenetur.

TEXTUS.

De pignore ſurrepto Creditori.

14. Vnde conſtat creditorem de pignore ſurrepto furti actione agere poſſe, etiamſi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in perſonam agere: adeo quidem, ut quamvis ipſe debitor eam rem ſurripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

NOTA.

PIGNORI POTIUS INCUMBERE] *l.1.5. de reg.jur.* Unde etiam creditori actio furti competit, etiam culpa ejus abſit, aut debitor ſolvendo ſit, *d.l.12.§.ult.* adeoque licet ipſe debitor rem ſurripuerit, *§.10.ſup.eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quibus de cauſis creditori in propoſito furti actio detur: & quid interſit, adverſus dominum, an extraneum experiatur.*

IN numero eorum, quorum intereſt rem non ſurripi, & qui ex ea cauſa furti actionem habent, quamvis non ſint domini, in primis creditor eſt; non quidem ſi ſurrepta ſit res quævis debitoris, ſed ſi ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipſe eam ſurripuerit, an extraneus. *l. itaque 12. §.ult. l. eum qui 14. §.5. & 6. & §. qualis 16. l. in actione 19. §. pen. & ult.*

d. l. interdum 49. hoc tit. Duplici vero reſpectu ac ratione hoc intereſt creditoris, actioque furti ei datur; tum quia ad rem, ſi culpa ejus ſurrepta eſt, reſtituendam tenetur actione pigneratitia, *d. l. eum qui §. idem ſcribit 6.* tum quia etiamſi culpa ejus non intervenerit, tamen alia de cauſa adhuc ejus intereſt; quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quam in perſonam agere, juxta *l. plus cautionis 25. de reg. jur.* Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etſi culpa ejus abſit, aut debitor ſolvendo ſit, *d. l. itaque §. ult.* eoque amplius licet ipſe debitor rem ſurripuerit: de quo dictum *ſub §. aliquando 10.* Quamvis autem in propoſito creditori æque adverſus dominum atque extraneum actio furti detur; tamen hoc intereſt; quod creditori contra extraneum agenti duplatur æſtimatio ipſius pignoris: agenti vero contra dominum ſumma pecuniæ debitæ cum uſuris; *l. creditori 87. eod.* Idem quod priore caſu quicquid percepit creditor, debito imputare, & quod excedit, reſtituere teneatur: poſteriore, quod ipſe debitor furti actione præſtitit, creditoris lucro cedat, *l. ſi pignore 22. de pign. act. l. 12. §. 1. de diſtr. pign. l. creditor. 15. pr. hoc tit.*

TEXTUS.

15. Item ſi fullo polienda curandave, aut ſarcinator ſarcienda veſtimenta mercede certa conſtituta acceperit, eaque furto amiſerit, ipſe furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil intereſt eam rem non perire, tum judicio locati à fullone aut ſarcinatore rem ſuam perſequi poſſit. Sed & bonæ fidei emptori ſurrepta re, quam emerit, quamvis dominus non ſit, omnino competit furti actio, quemadmodum, & creditori. Fulloni vero & ſarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam ſi ſolvendo fuerint, hoc eſt, ſi domino rei æſtimationem ſolvere poſſint. Nam ſi ſolvendo non ſint, tunc quia ab eis ſuum conſequi non poſſit, ipſi domino furti competit actio: quia hoc caſu ipſius intereſt, rem ſalvam eſſe. Idem eſt &, ſi in parte ſolvendo fuerit fullo aut ſarcinator.

COMMENTARIUS.

1. *Diſcrimen circa actionem furti inter fullonem & cæteros conductores, item creditorem.*
2. *Cur bonæ fidei emptoris duntaxat hic fiat mentio.*

Etiam is, qui conduxit, furti actionem habet, ſed ita ſi culpa ejus res ſurrepta ſit, *l. cum qui 14. §. quod ſi 12. hoc tit.* nam tunc etiam conductoris intereſt rem non ſurripi, propterea quod judicio locati tenetur in rei æſtimationem: neque, ut creditor, reſtituere cogitur, quod actione furti conſecutus, *l. 6. locat.* At ſi ſine culpa conductoris res ſurripiatur, ſolus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc ſolius intereſt, actione locati eo caſu deficiente, *d. l. eum qui §. idem ſcribit 6.* Fullo autem ſemper agit, quoniam cuſtodiam præſtare debet, *§. ſeq. l. itaque 12. pr. eod.* id eſt fullo furti actionem habet, etiamſi ſine culpa ejus res furto amiſſa ſit, modo ne caſu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores levem tantum culpam præſtat, ſed ut illi, qui operam offerunt, etiam leviſſimam, ſeu ut noſtri loquuntur, & culpam & diligentiam. De ſartore idem habendum: repete quæ notavimus *ſup. ad §. pen. de locat.* 1

2 *Bonæ fidei emptori ſurrepta, quem emerit*] Atque emptam ab eo, quem dominum eſſe putabat, acceperit: nam antequam res tradita eſt, furti actio emptori non competit, *d. l. 14. pr. hoc t.* Conſulto autem bonæ fidei emptoris tantum hic fit mentio; quoniam ei, qui titulo lucrativo poſſidet, placet furti actionem non dari: cum non ejus, qui lucrum facturus, ſed qui damnum paſſurus eſt, intereſſe videatur, *l. ejus rei 71. §. 1. eodem.* Hinc igitur temperanda *d. l. itaque §. 1. hoc tit.*

Omnino competit] In aliis eſt, *omnimodo* nempe ſive ſolvendo ſit bonæ fidei emptor, ſive non ſit: Cujac. nam emptoris ſemper intereſt, propter pretium, quod ei abeſt. In fullone autem & ſartore id ſecus eſſe, mox docetur. Quanta igitur hic æſtimatio facienda? Reſponſum eſt, ſi dominus cum bonæ fidei emptore concurrat, emptori duplo, quanti ejus intereſt, æſtimari, domino autem duplo, quanti res eſt, *l. furtivam 74. hoc tit.* Putarem autem, non concurrente domino emptori ipſius pretium rei duplari.

Non aliter, quam ſi ſolvendo] Fulloni & ſarcinatori cæteriſque conductoribus actio furti non aliter competit, quam ſi ſolvendo ſint. Nam ut Ulpianus ait, qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil eſt, *d. l. itaq; 12. eod.* Solvendo autem eſſe nemo intelligitur, niſi qui ſolidum ſolvere poteſt, *l. ſolvendo 114. de verb. ſign.*

TEX-

TEXTUS.

De recommodata.

16. *Quæ de fullone & ſarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res eſt, transferenda, veteres exiſtimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo, cuſtodiam præſtat, ita is quoq;, qui commodatum utendi cauſa accepit, ſimiliter neceſſe habet cuſtodiam præſtare. Sed noſtra providentia etiam hoc in noſtris deciſionibus emendavit, ut in domini voluntate ſit, ſive commodati actionem adverſus eum, qui rem commodatam accepit, movere deſiderat, ſive furti adverſus eum, qui rem ſurripuit; & alterutra earum electa, dominum non poſſe ex pœnitentia ad alteram venire actionem ſed ſiquidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: ſin autem commodator veniat adverſus eum, qui rem utendam accepit, ipſi quidem nullo modo competere poſſe adverſus furem furti actionem: eum autem, qui pro re commodata convenitur, poſſe adverſus furem furti habere actionem. Ita tamen, ſi dominus, ſciens rem eſſe ſurreptam, adverſus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem neſcius & dubitans rem eſſe ſurreptam, apud eum commodati actionem inſtituerit; poſtea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire, tunc licentia ei concedatur & adverſus furem venire, obſtaculo nullo ei opponendo: Quoniam incertus conſtitutus movit adverſus eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem: niſi domino ab eo ſatisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem à domino quidem furti actione liberari; ſuppoſitum autem eſſe ei, qui pro re ſibi commodata domino ſatisfecit: quum manifeſtiſſimum ſit, etiamſi ab initio dominus actionem commodati inſtituerit, ignarus rem eſſe ſurreptam, poſtea autem hoc ei cognito, adverſus furem tranſierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcunque cauſæ exitum dominus adverſus furem habuerit: eadem definitione obtinente, ſive in parte, ſive in ſolidum ſolvendo ſit is, qui rem commodatam acceperit.*

NOTÆ.

In nostris decisionibus] Scriptæ ſunt à Juſtiniano poſt priorem Codicis editionem 50. leges, quas deciſiones appellavit, propterea quod maximas quaſque veterum controverſias dirimunt. Harum una eſt, quam hic ſignificat, *l. ult. C. de furt.* cujus hæc eſt ſumma. Dat in propoſito Juſtinianus domino opinionem, ut is pro libitu ſuo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere poſſit. Cæterum electione ſemel facta, non licet variare, niſi ex cauſa ignorantiæ, idque ante factam ſolutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

Rem esse surreptam, &c.] Cujac. *rem non eſſe ſurreptam apud eum, commodati actionem, &c.* & ita legitur in *d. l. ult.*

Quemcunque exitum dominus habuerit] Id eſt, ſive contra furem agens vicerit, ſive victus ſit, aut fur non fuerit ſolvendo. Th.

COMMENTARIUS.

Hoc admiſſo, furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ ſunt, etiam commodatario ſurrepta re commodata eadem actio danda fuit: quippe ad quem periculum illud vel magis pertinet, quam ad creditorem pigneratitium aut ſimplicem conductorem; cum hic culpam duntaxat levem, ille etiam leviſſimam præſtet, *l. 5. §. 2. commod. §. 2. ſup. quib. mod. re contr. obligat.* unde commodatarius in eadem cauſa cum fullone hic ponitur. Atque hoc etiam conſtanter à veteribus traditum eſt, *d. l. 5. in fin. & 2. ll. ſeqq. commod. l. eum qui 14. §. ſi res*

14. cum

14. cum §§. ſeqq. hoc tit. l. ſi uxori 18. rer. amot. quod tamen ab iis ſic acceptum fuit, ſi commodatarius ſolvendo eſſet, *arg. l. itaque 12. pr hoc tit.* Juſtiniano autem viſum eſt, non debere commodatario, qui gratuitum uſum habet, idem jus hic concedi quod illis tribuitur, qui pro uſu rei mercedem præſtant, aut pro mercede operam. Cumque inter veteres non ſatis conveniret; an ſi furti tempore commodatarius ſolvendo eſſet, poſtea vero fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, nec ne; tum etiam utri danda foret actio, domino ne, an commodatario, ſi hic ex parte tantum ſolvendo eſſe comperiretur? hanc ſimul contentionem ſuſtulit. Itaque optionem actionis dedit domino, ut is pro libitu ſuo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere poſſet. Cæterum electione ſemel facta, non liceret variare, niſi ex cauſa ignorantiæ, idque ante factam ſolutionem: electo fure, ut commodatarius liberaretur; commodatario electo, huic ut ſur obnoxius fieret, *l. ult. c. h. t.*

TEXTUS.

De re depoſita.

16. Sed is, apud quem res depoſita eſt, cuſtodiam non præſtat; ſed tantum in eo obnoxius eſt, ſi quid ipſe dolo malo fecerit: qua de cauſa, ſi res ei ſurrepta fuerit, quia reſtituendæ ejus rei nomine depoſiti non tenetur, nec ob id cujus intereſt rem ſalvam eſſe, furti agere non poteſt: ſed furti actio domino competit.

NOTA.

FURTI AGERE NON POTEST] Niſi convenerit, ut culpam quoque præſtet, *§. pen. tit ſeq.* aut ſe depoſito obtulerit, *arg l. 1. §. 35. depoſ.*

COMMENTARIUS.

1. *Probatur D. Cujacii interpunctio l. 2. § 23. & 24. vi bon. rapt.*

Re depoſita ſurrepta placet, domino, non depoſitario actionem furti dari, *l. eum qui 14. §. hoc tit.* Et merito placet: neque enim intereſt depoſitarii, rem non ſurripi, qui præter fidem nihil præſtat, *§. pen.*
1 *ſup. quib. mod. re contr. oblig.* Quod ſi dolo ejus furtum factum ſit, jam quidem ejus intereſt, quia tenetur actione depoſiti: ſed nihilo magis actionem furti habet: quoniam nemo ex dolo & improbitate ſua actionem conſequitur, *l. itaq. 12. §. 1. d. l. eum qui §. 3. hoc tit.* Quid vero ſi convenerit, ut culpam quoque præſtet, aut quid ſi depoſito ſe obtulit, pretiumve depoſitionis, quaſi honorarium, acceperit? Ratio juris poſtulare videtur, ut hic ipſi depoſitario actionem furti demus, eo quod his caſibus rem ſuo periculo tenet, *d. l. eum qui §. qualis 10. eodem §. furti. 13. ſup. eod.* cumque id etiam ſatis manifeſtè evincat *§. pen. tit. ſeq.* omnino verum eſſe exiſtimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulp. in *d. l. 2. § & generaliter 23. & §. ſeq. 24. vi bon. rapt.* mendoſum eſſe; nimirum perperam principium *d § 24.* ſeparari à fine §. præcedentis, cum quo jungendum erat, & ſic legendum; *Nam & furti actionem habeo, ſi in re depoſita culpam quoq; repromiſi, vel pretium depoſitionis, non quaſi mercedem, accepi:* hic demum novum §. inchoandum; *Utilius dicendum eſt, &c.*

TEXTUS.

An impubes furti teneatur.

18. In ſumma, ſciendum eſt, quæſitum eſſe an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi conſiſtit, ita demum obligari eo crimine impuberem, ſi proximus pubertati ſit, & ob id intelligat ſe delinquere.

COMMENTARIUS.

1. *Ex impuberibus ſolos pubertati proximos, delicti & pœnæ capaces eſſe.*
2. *Quæ concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto ſuſtineant.*
3. *Capite plectendos non eſſe, nec legibus de adulteriis teneri.*

Quod hic traditur, quæſitum eſſe, an impubes rem alienam amovendo furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæſitum eſt. Et quoniam maleficia ex voluntate & propoſito delinquendi æſtimantur, *l. qui injuriæ 53. hoc* 1
tit. cap. illud relatum 15. q. 1. non poſſunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii eſſe debent infantes, *l. impuberem 23. hoc tit. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. infans 12. ad leg. Corn. de ſicar C. lem. un. de homicid.* Sed nec infantiæ proximi: quippe qui non minus, quam infantes, innocentiam conſilii tueri debet, *arg. §. pupillus 9. ſup. inut. ſtip. Gomez. 3. reſol. 1. n. 57.* quod certius apparebit ex ſequentibus. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpa cade-

re poteſt, ita & impuberes, qui hujus ætatis ſunt & doli capaces, delinquere poſſunt, & ad pœnam ex delictis obligantur, *hoc text. l. pupillum 111. de reg. jur. l. impuberem 23. hoc tit. l. 2. §. 19 vi bonorum rapt l. 5. §. penult. ad leg Aquil. l. excipiuntur 14. de ſenat. Silan. l. 3. §. 1. de ſepulcr. viol. cap. 1. x. de delict. puer.* Duo
2 vero hæc concurrere debent, ut impuberes infantiam egreſſi ex delicto pœnam ſuſtineant; ut non procul abſint à pubertate; ut doli ſint capaces: nam hoc ex illo non præſumitur, ut recte docet Boër. in add. ad Decium in *l. fere 108. de reg. jur.* Atque huc accommodari poteſt locus Apuleii *apol. 2.* ubi in hujusmodi pueros his verbis declamat; *Sed enim malitia præcoci puerum quis non averſetur atque oderit? cum videat velut monſtrum quoddam prius robuſtum ſcelere quam tempore, ante nocentem, quam potentem, viridi pueritia, cana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia pernicioſus eſt? & nondum pœna, jam injuria ſufficit.* Sed & delictum tale eſſe debet, quod in facto, non in omiſſione aut nuda negligentia conſiſtat, *l. 2. C ſi adv. del. Gomez d. reſol. n. 59* item quod jus commune ſeu naturale violet, non merum civile aut poſitivum *cap. 2. x. de del. puer.* Po-
3 ſtremo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiſerit, plectendum non eſſe, ſed mitiore, quæ intra ſupplicium mortis conſiſtat, cenſent interpretes, *Gomez. d. loc num. 63.* quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non niſi in emendationem puniri debere, ac proinde etiam ſine amputatione membri. *Clar. §. ult. quæſt. 60.* quanquam alii judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiſerim, per *l. auxilium 37. §. 1. de minor. Gomez. d. l. n. 62. & ſeq.* Illud generaliter tenendum, impuberem, quantumvis pubertati proximum, non teneri legibus, quæ adulteria aut ſtupra, aliave carnis delicta puniunt, *l ſi minor 36. ad leg. Iul. de adult. Gomez. de reſolut. n. 59.* ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter conſtituerunt *cap. fin. de deſponſ. impubér.* id transferendum non eſſe ad exacerbandas pœnas juris civilis, *add. D. Tulden. in C. ſi adv. del. & comm hic cap. 6.*

TEXTUS.

Quid veniat in hanc actionem: Et de affinibus actionibus.

19. Furti actio, ſive dupli, ſive quadrupli, tantum ad pœnæ perſecutionem pertinet. Nam ipſius rei perſecutionem habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo poteſt auferre. Sed rei vendicatio quidem adverſus poſſeſſorem eſt, ſive fur ipſe poſſidet, ſive alius quilibet. Condictio autem adverſus furem ipſum, hæredemve ejus, licet non poſſideat, competit.

NOTÆ.

19. TANTUM AD POENÆ PERSECUTIONEM] *§. 18. inf. de act. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Poteſt & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furi infligendam, *l ult. de furt.*

EXTRINSECUS] Id eſt, *aliunde.* Furti actio pœnam perſequitur legitimam, condictio rem ipſam: quæ res facit, ut altera alteram non conſumat, *l. 7. §. 1. de cond. furt.*

FUREM HÆREDEMVE EJUS] Quia condictio furtiva rei habet perſecutionem *l. 7. §. 2. de cond. furt.* At furti actio in hæredem non datur, quia pœnalis eſt ex maleficio; cujusmodi actiones in hæredem non dantur, niſi lis cum defuncto conteſtata fuerit, *§. 1. inf. de perp. & temp. act.*

COMMENTARIUS.

1. *An furti actio civilis concurrat cum criminali.*
2. *Vindicatio & condictio rei furtivæ cur ſoli domino competant.*
3. *Adverſus quos hæ actiones dentur.*
4. *Cur condictio in hæredem detur, cum actio furti non detur.*
5. *An hæres condictione furtiva teneatur in ſolidum.*

ACtio furti ſive manifeſti ſive nec manifeſti mere pœnalis eſt, id eſt, ſolius pœnæ perſecutionem continet, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipſa reſtituenda ſit, *§. ex maleficiis 18. inf. de action.* Eſtque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio & condictio; quarum altera quidem alterius electione conſumitur, ſed neutra earum conſumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus ſalva eſt furti actio, *l. ſi pignore 54. §. cum furti. 2 hoc tit. l. 7. §. 1. de condict. furti.*
1 Illud quæritur, an is, qui furti civiliter egit, & pœnam conſecutus eſt, poſſet adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furi infligendam. Et verius eſt, non poſſe, ſed altero judicio alterum conſumi, *l. interdum 56. §. 1. hoc tit.* Neque obſtat *l. unic. C. quand. civil. action. crimin. præjud.* Nam regula *d. l. unic.* pertinet ad actiones civiles rei

per-

perſecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt : item ad publica judicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus, *vid. Cujac. 20. obſ. 26. Beſold. ad tit. de furt. quæſt. 7. diſſ. Gomez 3. reſolut. 3. n. 4. add. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 201.* Illud certum eſt, pœnam corporalem non impedire, quominus fur hæresve ejus ad rem reſtituendam efficaciter conveniri poſſint, *Beſold. d. quæſt. 7.*

Habet dominus] Furti actio datur omnibus, quorum intereſt furtum factum non eſſe, *§. furti 13. ſup.*
2 At rei furtivæ perſecutio ſoli domino competit, ſive de vindicatione quæratur, ſive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure dominii duntaxat datur, *d. § ex maleficiis 18 inf. de action. l. 1. l. 10. §. ult. de condict. furt.* Quod ſolus dominus rem ſurreptam vindicare poteſt, mirum non eſt; cum nemo actionem in rem habeat, niſi qui dominus ſit, *l. in rem 23. de rei vind. l. act. 21. de obl. & act. §. infr. de act.* Quod autem domino adverſus furem datur etiam condictio rei, id contra rationem juris receptum eſt odio furum. Nam regulariter ſuam rem nemo condicere poteſt, *l. ult. in fin. uſufr. quem cav. §. itaq; 14. inf. de action.* Sed cur non datur ei, cujus intereſt, dominus non ſit? Quoniam ejus ſolius eſt rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, niſi domini.

Rei vindicatio adverſus poſſeſſorem] Quemcunque, ſive fur ſit, qui poſſideat, ſive alius: nam in rem actio ſemper adverſus eum eſt, qui rem poſſidet, *l. actionum 25 de obligat. & action. §. 1. inf. de action.*

Adverſus furem] Condictione furtiva nunquam alius tenetur, quam fur ipſe hæresve ejus, *hoc text. l. 5.*
3 *de cond furt.* Furem autem verum accipimus, id eſt, eum, qui ipſe furtum fecit & rem contrectavit, *d. l. 5.* nam is, cujus ope conſiliove furtum factum eſt, tenetur quidem etiam furti, ſed quia rem non contrectavit, non tenetur condictione, *l. 6. de condict furt.* Plane ſi res aliter adverſus furem ſalva eſſe non poteſt, placet, etiam eum, qui opem tulit, condictione teneri, nimium in ſubſidium, *l. ſæpe 53. §. ultim. de verbor. ſignif. & ibi Alciat.*

Hæredemve ejus, licet non poſſideat] Rei vindicatio adverſus omnes competit, qui rem poſſident, ſed adverſus eos ſolos. Itaque nec adverſus furem hæredemve ejus aliter competit, quam ſi poſſideant. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non poſſidet, ſed adverſus furem tantum hæredemve ejus, *hoc text l. 1. de cond. furt. l. 1. de priv. delict.*
4 Quod condictio etiam in hæredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam conſtat in hæredem non tranſire, niſi lis cum defuncto conteſtata ſit, *§. 1. inf. de perp. & tempor. action.* Cur vero tam varie? neque enim minus condictio rei furtivæ ex cauſa maleficii deſcendit, quam actio furti, *l. 2. l. 3. l. 5. & l. 9. de cond. furt. l. ſi ambo 10. §. 2. de compenſ. l. 5. § pen. de pecul. l. mulier. 21. §. pen. de act. rer. am. l. ceſſat. 36. de oblig. & action.* Nimirum quia una rei perſecutoria eſt, altera pœnalis: id eſt, quia condictio furtiva tantum comparata eſt ad perſequendum id, quod ex patrimonio nobis abeſt; furti actio ad puniendum ipſum maleficium, *l. 7. § 2. de cond. furt. junct. d. § 1 inf. de perp. & temp. action* Si enim legis Aquiliæ actio negatur in hæredem tranſire, non quia ex delicto eſt, ſed quia pœnalis, tranſitura utique, ſi ultra damnum datum lis nunquam æſtimaretur, *§. his autem 9. inf. de leg. Aquil.* Eſtque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus, quæ in hæredem non dantur, concepta eſt de iis, quæ pœnales ſunt ex maleficio, *d. § 1. inf de perp. & temp. action. l. hac actio. 13. de ſerv corr. l. 1. de priv. del. l. ſicuti 38. l. pœnalia 164 l. pupillum 111. § 1. de reg jur. & ſimul.* An igitur condictione ex cauſa furtiva tenebitur hæres furis in ſolidum; Sic ſentio. Nam præterquam quod hoc diſerte reſponſum eſt in *l. 9. de cond. furt.* moveor eo quod nunquam actio in hæredem abſolute dari dicitur, cum non datur in ſolidum: cum autem eatenus tantum datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari ſimpliciter negatur, *d. §. 1. inf. de perp. & temp. act. d. §. his autem 9. inf de leg. Aquil. l. 5. de calum. l. 1. in fin. l. 3. de vi. l. in hæredem 26. de dol. l. 1. de priv del. l. 2 § ultim. vi bon. rapt. l. Iulianus 16 de judic. l. 13. de ſerv. corr. l. 9. §. 1. quod falſ. tut. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem 8. ad leg. Aquil. l. 3. §. penult ſi menſ. falſ. mod. l. in honorariis 35. de obl. & action l. ſicuti 38. l. pupillum 111. §. 1. de reg jur.* & ſexcentis aliis locis. Dicitur ſane, aliquando actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, niſi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, pœnales, ut in *l. un. C ex del. defunct.* Sed iſtæ definitiones, utpote ex eo, quod plurimum & fere ſemper fit, conceptæ, ſic accipiendæ ſunt, ſi agatur de eo, quod defunctus deliquit, ſive ad pœnam: atque hæc communis eſt DD. ſententia. *Diſſent. Cujac. 7. obſerv. 37. & 13. obſ. 39 Vultei. hic, Lyclam. 1. membr. 18. & lib. benedict paſſim.* Quorum argumentis occurrimus ſub *§ 1. inf de perpet & tempor. act. Adde. Anton. Fabr. 4. conject 1. Donel. ad d. l. un. C. ex del. defunct.*

TITULUS II.

D. lib. 47. tit 8. C. lib. 9. tit. 33.

De vi bonorum raptorum.

Continuatio. Violentiæ varia genera, & de qua hic agatur.

SEcunda ſpecies delicti privati rapina dicitur; inter quam & furtum hoc intereſt, quod furtum eſt clandeſtina rei alienæ ablatio, rapina violenta. Eſt vero hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis eſt adverſus bonos mores, magisque turbat quietem publicam, quam clandeſtina rerum amotio. Qua de cauſa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privatâ, *l. 2. §. 1. hoc tit.* Inſcribitur hic titulus *de vi bonorum raptorum.* Subaudi *actione.* Quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem eſt, neque vim omnem unius eſſe generis, neque uno coërceri modo. Interpretes vulgo quinruplicem eam faciunt, turbativam, inquietativam, compulſivam, expulſivam, & ablativam. Nos inquietativam, quam vocant, ſub turbativa comprehendimus. Turbativa eſt, cum poſſeſſor in poſſeſſione manens impeditur re ſua libere uti, ſive id fiat manu & corpore, ſive opere, facto: illic adverſus turbantem comparata ſunt interdicta duo, *uti poſſidetis* in rebus ſolis, *utrubi* in rebus mobilibus: hic interdictum *quod vi aut clam.* Compulſiva vis eſt, cum quis minis juſtoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienandum; quæ vis edicto *quod metus cauſa* coërcetur. Expulſiva eſt, cum quis de poſſeſſione alicujus rei dejicitur. Adverſus quam comparatum eſt interdictum *unde vi.* Et præterea vindicatur hæc vis etiam ſacris conſtitutionibus, item legibus Juliis de vi publica & privata, *§. recuperandæ 6. inf. de in-*
1 *terd.* Ablativa vis (de qua hic agitur) eſt, quando per vim alicui res eripitur; quæ & ipſa iisdem legibus, quibus expulſiva, coërcetur; *d. l. 2. §. 1. hoc tit.* & præterea ei, cui res erepta eſt, privata actio propoſita vi bonorum raptorum; quæ ſola hujus eſt loci. Juſtinianus primum originem hujus actionis commemorat: deinde quid in eam veniat, adverſus quos & quibus detur, oſtendit.

TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoq; recte dictum eſt, eum improbum furem eſſe) ſed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: *& eſt intra annum quadrupli, poſt annum ſimpli. Quæ actio utilis eſt, etiamſi quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna eſt, ſicut in actione furti manifeſti diximus; ſed in quadruplo ineſt & rei perſecutio: ut pœna tripli ſit, ſive comprehendatur raptor in ipſo delicto, ſive non. Ridiculum enim eſſet, levioris conditionis eſſe eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet.*

NOTÆ.

QUI VI RES ALIENAS RAPIT] Fur ſine vi ſubtrahit & clam aufert, *l. 59. de furt. l. 9. C. eod.* raptor vi & palam deripit. Rapi enim ſine vi non poteſt, *l. 3. § 5. de incend. ruin.* Plaut. Epid. *act. 1. ſcen. 1.* Th. *Minus jam furtificus ſum quam antehac.* Ep. *Quid ita? Th. Rapio propalam.*

TENETUR ETIAM FURTI] Et quidem etiam in quadruplum, ſi in ipſo delicto deprehenſus fit, *l. 52. §. ult. l. 8. §. 3. de furt.* Alias in duplum, *l. 1. l. 88. eod.* quanquam vi bon. rapt. ſemper in quadruplum.

RIDICULUM LEVIORIS CONDITIONIS, &c.] Gravioris enim delicti aſperior pœna eſſe debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibus Juliis de vi publica & privata, *d. l. 2. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1. *An furti actione electa ſervetur eadem diſtinctio in rapina & pœna rapinæ, quæ in furto.*
2. *Quando levius ducitur, quod palam, quam quod clam committitur.*

T*Enetur etiam furti*] An igitur furti actione electa eadem diſtinctio & in rapina & in pœna rapinæ ſervabitur, quæ in furto in ſpecie ſic dicto, ut 1 ſcilicet raptor manifeſtus, ſeu in ipſo delicto deprehenſus, quadrupli; nec manifeſtus dupli pœnam ſuſtineat? Id quidem & ratio ſuadet, & ſatis perſpicue ſignificari mihi videtur in *l. ſi quis 52 §. ultim. l. ſi vendidero 80. §. cum raptor. 3. de furt.* & denique ex eo evincitur, quod hoc loco, & *l. 2. §. cæterum 10. & §. penult. hoc tit.* ſimpliciter traditum eſt, eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in *l. 1. hoc tit. & l. ſi quis egerit 88 de furt.* tan-

tantum mentio fit actionis furti nec manifeſti, ex eo non protinus concludendum eſt, furti manifeſti cum raptore nunquam agi poſſe. Nam vel ideo id factum dici poteſt, quoniam furti nec manifeſti actio ſemper competit, etiam adverſus raptorem manifeſtarium, (nemo enim prohibetur experiri actione mitiore) vel quia in ſola furti nec manifeſti actione locum habet, quod illic docent Jurisconſulti, ſi quis in duplum egerit, ei adhuc ſupereſſe actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hoc amplius eſt. Sunt qui putant cum raptore, ut cum fure manifeſto ſemper in quadruplum agi poſſe; quaſi raptor non poſſit non eſſe manifeſtarius. Quod refellit *l. ſi quis 52. §. ult. de furt.* ubi Jurisconſultus & exemplum proponit raptoris non deprehenſi, videlicet ſi quis rapuerit ex ædibus, in quibus nemo erat; & eum de bonis quidem raptis in quadruplum poſſe conveniri ſcribit; ſed furti non, niſi nec manifeſti. Sed nec conſpectio furem aut raptorem manifeſtum facit, verum apprehenſio, aut ad apprehendendum concurſio & acclamatio; *l. 3. l. 7. §. 1. & 2. de furt.*

Improbum furem eſſe] Id eſt, ἀναιδῆ, ἀναίσχυντον, impudentem, audacem, atrocem. Chryſoſtomus *in Matth. hom. 53* οὐδὲν κλέπτοντος ὁ ἁρπάζων χείρων. Et ſane is, qui rapit, fur eſt improbior atque impudentior, quam qui clam amovet, cum hic celet ſuum delictum, ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, *l. 2. §. cæterum 10. §. ſi in re depoſita 24. hoc tit.* quanquam aliud judicium Ariſtoteli *in Rhetor. ad Alex cap. 12.* ubi hæc legimus, δεινότερά μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τῶν ληϊζομένων ποιεῖν· οἱ μὲν γὰρ λαθραίως, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα παραιροῦνται.

Propriam actionem] Etiam ſpeciali edicto contra ea, quæ vi committuntur prætor conſuluit, *d. l. 2. §. 1.* ſcilicet ut innoteſceret, prætorem quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri poſſint, *arg. l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab junct. §. itaq; infr. de action.*

Intra annum quadrupli] *d. l. 2. §. in hac actione 13.* Nimirum actio hæc honoraria eſt, & ideo, ut cæteræ ejusdem generis pœnales, anno finitur, *l. in honorariis 35. de obl. & act.* ſpeciale enim eſt, quod actio furti manifeſti, quæ & ipſa ex prætoris jurisdictione proficiſcitur, perpetuo competit, vide *inf. tit. de perp. & temp. act.*

Unam rem, licet minimam] *d. l. 2. §. vel cujus 11.* Quippe non rei aut æſtimationis pecuniariæ, ſed atrocitatis facti ratio ducitur. Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, *l. 9. §. ult. cum 2. ll. ſeqq. de dolo?* Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium eſt, comparatum ad reſcindendum, quod jure civili ratum eſt: non putavit prætor, ob rem minimam contractum jure validum reſcindi debere.

In quadruplo ineſt & rei perſecutio] Actio vi bonorum raptorum in quadruplum à prætore propoſita, non eſt mera pœnalis; ſed mixta: quippe in quadruplo etiam ipſius rei perſecutio continetur, ut pœna tantum ſit tripli, *§. vi autem 19. infr. de act.* In quo diſtat hæc actio ab actione furti, quæ tantum pœnæ perſequendæ cauſa comparata eſt, ſive manifeſti agatur in quadruplum, ſive nec manifeſti in duplum, *§. ex maleficiis 18. infr. de action. §. ult. tit. præc.*

Sive comprehendatur raptor, &c.] His verbis Imp. perſpicue duo genera raptorum facit, ut alii ſint manifeſti, alii non manifeſti; uti & Ulp. in *l. ſi quis 52. §. ult. de furt.* Cæterum in hac actione pœna pro qualitate rapinæ non variatur, ſicut in actione furti alia pœna eſt manifeſti, alia nec manifeſti, ſed in omnes ereptores pœna eſt eadem.

Ridiculum eſt] Atqui raptor tantum triplo multatur, fur manifeſtus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua eſt, furti perpetua. Reſp. Sufficit ad defenſionem hujus loci, quod raptores in delicto comprehenſi eadem etiam actione teneantur, qua fures manifeſtarii: ex cauſa autem delicti non manifeſti gravius ſemper puniantur raptores, quam fures.

Qui vi rapit, quam qui clam amovet] Eadem ratione Jurisconſultus in *l. 2. §. ſi in re 24. hoc tit.* furem cum raptore conferens factum furis extenuat, raptoris exaggerat; quoniam ſcilicet fur celat ſuum delictum, raptor publicat, quæ impudentia crimen auget. Quod autem aliquando levius ducitur, quod palam committitur, quam quod clam, id tunc locum habet, cum factum clandeſtinum, vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conſcientiam doli magis arguit, ut in ſpecie *l. ult. de rit. nupt. & l. non exiſtimo 54. de adm. tut.* quod hic dici nequit. 2

TEXTUS.

Adverſus quos datur.

1. Ita tamen competit hæc Actio, ſi dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem ſuam eſſe exiſtimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quaſi domino liceat etiam per vim rem ſuam auferre à poſſeſſoribus, abſolvi debet. Cui ſcilicet conveniens eſt, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit

puit. Sed ne dum alia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impunè ſuam exerceant avaritiam, melius Divalibus conſtitutionibus pro hac parte proſpectum eſt, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem, vel ſe moventem, licet ſuam eandem rem exiſtimet. Sed ſi quis contra ſtatuta Principum fecerit, rei quidem ſuæ dominio cadere: ſin autem aliena res ſit, poſt reſtitutionem ejus, etiam æſtimationem ejusdem rei præſtare. Quod non ſolum in mobilibus rebus, quæ rapi poſſunt, conſtitutiones obtinere cenſuerunt, ſed etiam in invaſionibus, quæ circa res ſoli fiunt: ut ex hac cauſa ab omni rapina homines abſtineant.

NOTA.

Rei suæ domino cadit] Qui rebus ſuis manum injicit, dominium earum amittit. Qui rebus alienis duplum reſtituere cogitur. Creditor, qui rem debitoris ſibi debitam occupat jus crediti amittit. *l. 13. quod met. ca.*

COMMENTARIUS.

1. *Qua pœna afficiantur, qui ſine dolo malo rem rapiunt, aut invadunt.*
2. *Pœnam rapinæ, quæ privatis applicatur, exoleviſſe: & an non etiam alia, de quibus hic agitur.*

QUemadmodum furti nemo tenetur niſi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi cauſa, ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, niſi qui dolo malo rapuit. Proinde ſi quis cum crederet ſe rei dominum eſſe, eam per vim poſſeſſori eripuerit, exiſtimans, licere domino quovis modo rem ſuam à poſſeſſoribus auferre; hoc judicio de vi bonis raptis non tenetur, *l. 2. §. hac ratione 18. hoc tit.* ſed nec furti tenetur, *hoc text.* Cæterum aliis pœnis obnoxius eſt, ut ſtatim audiemus.

Imprudentia juris] Secundum hoc explicandum eſt, quod Juriſconſultus in *d. l. 2. § hac actione,* ſimpliciter ſcribit, ſi quis ſuam rem rapuit, vi bonorum raptorum non teneri; nempe ſi id ſibi licere crediderit errans in jure; nam à dolo quævis vel fatua cauſa excuſat, *g'oſſ. Bart. Iaſ. & DD. in l. unic. ſi quis jus dic. non obtemp.*

Sed ne dum talia excogitantur] Bene ac prudenter conſtitutum eſt, ut ſine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impulſu; ſed ſi quis putet ſe habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem, quod ſuum eſſe dicit, repoſcat. Nam ſi cuivis privato permittatur id, quod ſuum eſſe, aut ſibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque ſibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi neceſſe eſt, civesque ad rixam & arma quotidie procedere, *l. non eſt 176. de reg. jur.* Itaque etſi is, qui ſine dolo rem rapuit, ſuam eſſe putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum; aliter tamen eum multari placuit, & ſiquidem dominus fuit, dominio rei ſuæ cadere; ſi non fuit dominus, poſt reſtitutionem rei etiam æſtimatione ejus vim paſſo præſtare, *hoc text.* Creditor qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, *l. extat 13. quod met. cauſ. l. pen. ad l. Iul. de vi privat.* atque hic inſuper etiam vi bonorum raptorum, *l. 3. C. hoc tit.* & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur, *l. ult. ad leg. Iul. de vi priv.* 1

In invaſionibus] *L. ſi quis 7. C. unde vi.* Solæ res mobiles amoveri, ſubtrahi, rapi poſſunt: qui autem rem immobilem ſeu prædium vi occupat, invaſor & invadere dicitur. Pœna rapinæ legitima, quæ privatis adſcribitur, exolevit, ſicut & furti, cujus qualificati rapina eſt ſpecies. Nunc enim tantum criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violentia etiam morte punitur. De pœna *l. ſi quis in tantam 7. C. unde vi.* Et ſimilium reſcriptorum, inter interpretes non convenit. Nam eam communi totius Chriſtiani orbis uſu antiquatam eſſe teſtatur *Covar. 3. reſol. 16. n. 7. poſt Specul. tit. de reſtit ſpol. § 1. & Guilielm. Benedict. in cap. Raynutius v°. de teſtam. Gutier. pract. quæſt. lib. 1. quæſt. 77,* Sarmientus quoque *2. ſelect. interp. 13. n. 7.* refert, ſe nunquam vidiſſe pœnam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. *recup. poſſ. rem. 9. n. 8.* qui cenſet, in praxi eam diſpoſitionem omnino ſervandam eſſe: neque enim ſolo non uſu leges abrogari. Sane in foro noſtro etſi nemo eſt, qui de contrario uſu teſtetur, tamen plerique arbitrantur, rigorem talium conſtitutionum ſectæ & praxi noſtrorum temporum non convenire, quod etiam notat *Chriſtin. vol. 3. deciſ. 15. n. 10. & Grænevv. de legib. abrog. hic.* 2

TEXTUS.

Quibus datur.

2. Sane in hac actione non utique expecta-

pectatur rem in bonis actoris eſſe. Nam ſive in bonis ſit, ſive non: ſi tamen ex bonis ſit, locum hac actio habebit. Quare ſive locata, ſive commodata, ſive etiam pignorata ſive depoſita ſit res apud Titium ſic, ut interſit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti ſi in depoſita re culpam quoque promiſit) ſive bona fide poſſideat, ſive uſumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut interſit ejus non rapi, dicendum eſt, ei competere hanc actionem, non ut dominiũ accipiat, ſed illud ſolum, quod ex bonis ejus, qui rapinam paſſus eſt, quod ex ſubſtantia ejus ablatum eſſe proponatur. Et generaliter dicendum eſt, ex quibus cauſis furti actio competit in re clam facta, ex iiſdem cauſis omnes hanc habere actionem.

NOTA.

1. Sive deposita, &c. sicut intersit] Locus Ulp. in *d. l. 2. § 23. & 24. eod.* male interpunctus eſt, perperamque principium §. 24. ſeparatur à fide §. præcedentis. Sic enim omnino legendum; *Nam & furti actionem habeo ſi in re depoſita culpam quoq; repromiſi, vel pretium depoſitionis non quaſi mercedem accepi.* Hinc demum novus §. inchoandus; *Utilius dicendum eſt*, &c. Cujac.

Commentarius.

1. *Ex bonis eſſe quæ hic dicantur.*
2. *Explicatur locus obſcurus Ulpiani.*

Vi bonorum raptorum agit, qui in eum qui clam amovit, furti agere poteſt, id eſt, is, cujus intereſt; neque ſolum dominus rei, qui eam in bonis habuit, ſed etiam bonæ fidei poſſeſſor fructuarius, commodatarius, creditor, conductor, & interdum depoſitarius, ſi videlicet culpam quoque in re depoſita repromiſit; Horum omnium intereſt rem, quam tenent aut poſſident, non rapi: quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam ſalvam & incolumen præſtare debent, *l. 2. § in hac actione 22. hoc tit. junct §. furti 13. & 2. ſeqq. tit. præc.*

1 *Sive ex bonis*] Ex bonis eſſe hic ea dicuntur, quorum, cum aliena ſint, vel emolumentum vel uſus, vel periculum ad nos pertinet, *ut ex text. & d. l. 2. §. 22.* In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita bonis acquiſita ſunt, ut ea alienare poſſimus. Alibi hæc verba, in bonis latius accipiuntur, *l. bonorum 49. de verb. ſign. l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom.* Nonnunquam promiſcue utrumque dicitur, & idem valet, in nobis, & ex bonis, *l. 1. de uſufr. legat.*

2 *Non ut dominium accipiat, &c.*] Obſcura eſt hujus loci ſententia. Apud Ulp. *l. 1. §. in hac actione 22. hoc tit.* unde totus hic §. deſcriptus eſt, ſic legitur, *dicendum eſt, mihi competere hanc actionem; non ut dominium accipiamus, ſed illud ſolum ex bonis meis, hoc eſt, ex ſubſtantia mea, res ablata eſſe proponatur.* Quorum verborum hic ſenſus eſſe videtur, competere mihi, cujus ex bonis res eſt, actionem vi bonorum raptorum, non utique ut jure dominii agere poſſim, ſed tantum ut proponam, ex ſubſtantia mea rem ablatam eſſe, verbo ſubſtantiæ largius accepto, quaſi ex bonis meis etiam illud ablatum videatur, cujus æſtimationem domino præſtare debeo.

TITULUS III.
De lege Aquilia,
D. lib. 9. t. 2. C. lib. 3. tit. 35.
Continuatio, & ſumma tituli.

Tertia ſpecies delicti, ex quo civilis actio oritur, eſt damnum injuria datum. Damnum generaliter ſignificat omnem detractionem & deminutionem rei alienæ, ſive illa lucri cauſa fiat, ſive nullius lucri gratia, & ſive ſalvis rebus, ſive peremptis aut corruptis; Nam damnum ab ademptione, & quaſi deminutione patrimonii dictum eſt, *l. 3. de damn. infect.* Hoc autem loco damnum in ſpecie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde ſine lucro damnum dantis, puta ſi quis ſervum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit, aut vulneraverit, aut quid alienum uſſerit, ruperit, fregerit injuria, ſeu non jure; aut, quod idem valet, culpa, *§. 2. & 3. infr.* Atque hoc damnum eſt, quod vindicatur lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & poſtremum hoc titulo explicantur, ſecundum in deſuetudinem abiit.

TEXTUS.

Summa. Caput primum.

Damni injuriæ actio conſtituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum eſt, ut ſi quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum

numero ſit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

NOTÆ.

DAMNI INJURIÆ] Damnum generaliter ſignificat omnem deminutionem rei alienæ, &c. *l. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco in ſpecie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde ſine lucro damnum dantis.

TANTUM DOMINO DARE] *d.l. 2. pr.* In lege Aquilia videtur ſcriptum fuiſſe, *tantum æs dare ero damnas eſto*, arg. *l. 11 §. 7. eod. ero.* tenuitur, id eſt, *domino*, ut in Florent. & Gloſſ. Græc. Lat. in *δεσπότης*. Cujac. *27. obſ. 11.*

COMMENTARIUS.

1. *Si liber homo occiſus ſit, & de damno ſarciendo agatur, quid juris, & potiſſimum hodie.*

1 D*Amni injuriæ*] Legendum videtur, *damni injuria, l. impuberem 23. de furt. l. ſi ſervus 27. §. ſi fur. num. 10. & ſeq. l. quemadmodum 29. §. item Labeo 3. hoc tit.* Cic. pro Q. Roſc. *lite conteſtata, judicio damni injuria conſtituto.* Præciſe videlicet, pro, *damni injuria dati.* Haud ſcio tamen an poſteriores Juriſconſulti Græci homines *damni injuriæ* dixerint in genitivo, pro ex injuria, ut cum dicimus, damnum incendii vel naufragii, pro ex incendio vel naufragio.

Alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero] Primum legis caput animalia pretioſiora, hoc eſt, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuoſa complectitur, ſervis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero ſunt; & tantum ad damnum gravius, id eſt, ex cæde datum, pertinet, *l. 2. h.t.* Occiſo homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla eſt æſtimatio: ſed legi Corneliæ locus eſt, ſi dolo occiſus: ſi culpa; pœna lenitur, *l. 1. §. 3. de ſicar.* Cæterum ſi de damno ſarciendo civiliter diſceptetur, tenetur is, qui injuſte occidit, ſolvere impenſas funeris, & ſi quæ factæ ſunt in medicos, iiſque, quos occiſus alere ex officio ſolebat, puta liberis, uxori, parentibus dare tantum, quantum illa ſpes alimentorum, ratione habita ætatis occiſi, valebat. *Grot. lib. 3. introd. c. 33.* Sic Hercules legitur Iphiti a ſe occiſi liberis multam pependiſſe, quo facilius expiaretur. Atque ita cenſuit Senatus Dolanus apud *Ioan. Grevell. deciſ. 25. & Card. Puteus lib. 3. deciſ. 280.* Sed & Cujac. 14. *obſ.* 4. exemplo Hadriani & Conſt. Porphyropennetæ probat, novum non eſſe, ut pars bonorum addicatur occiſi liberis, vel patri, vel uxori, maxime ſi paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta, injuſte tamen. Michaël Epheſius ad *1. Nicom. Ariſt.* ſcribit, eum ipſum, qui cæſus eſt, quodammodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere, uſque ad modum lucri amiſſi teſtatur *Coſtal. ad l. 3. ſi quadr. paup. fec. add. Gomez. 3. reſol. 3. num. 37. Grot. 2. de jur. bell. 17. num. 12. & ſeq. Tuld. ad tit. 5. cap. 3. Chriſtin. vol. 2. deciſ 35. num. 10.* Libero homine vulnerato aut mutilato quid juris ſit, videbimus *inf. §. cap. 3.*

Quæ pecudum numero ſit] Ita quoque Gajus in *d. l. 2. §. 2. hoc tit.* quamobrem recte mihi admonere videtur Hotomannus in principio *d. l. 2.* mendoſe legi, *Quadrupedem vel pecudem*; legendum enim eſſe, *quadrupedemve pecudem.*

In eo anno plurimi] Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res, eo anno plurimi fuit, damnatur, *d. l. 2. in pr.* de quo plura *infr. §. his autem.*

TEXTUS.

De quadrupede, quæ pecudum numero eſt.

1. ***Quod autem non præciſe de quadrupede, ſed de ea tantum, quæ pecudum numero eſt, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris beſtiis, neque de canibus cautum eſſe intelligamus; ſed de iis tantum, quæ gregatim proprie paſci dicuntur, quales ſunt equi, muli, aſini, oves, boves, capræ. De ſuibus quoque idem placuit. Nam & ſues quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim paſcuntur. Sic denique & Homerus in Odyſſea ait, (ſicut Ælius Marcianus in ſuis inſtitutionibus refert.)***

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπὶ τῇ κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Hoc eſt,

Aſſidet in ſuibus, quorum grex magnus in agris
Paſcitur, ad Coracis ſaxum, fontemque Arethuſam.

COMMENTARIUS.

1. *Cur dubitatum de ſuibus, an pecudum numero ſint.*

PEcudum numero eſſe ea animalia proprie intelliguntur, quæ gregatim paſcuntur, id eſt, in grege paſtoris imperio ſubjecto; ut equi, aſini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non ſunt, multoque minus feræ beſtiæ, veluti urſi, leones, pantheræ. Enimvero cameli & elephanti, licet feræ naturæ ſint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præſtant, *dict l.2.§.2.*

1 *De ſuibus idem placuit*] An ſues pecudum appellatione contineantur, dubitatum fuit. Dubitandi quæ cauſa fuerit, haud facile dixerim. Hotomannus hanc affert, quod ſues non ut reliquæ beſtiæ, gramine & viridibus pabulis comode alantur, (ſed ut Varro & Columella tradunt) maxime faba, hordeo, glande, & cætero frumento indigent; & ſi rure ſint, tamen caducis arborum baccis, & effoſſis lumbricis & radiculis potius quam gramine, veſcuntur. Aliis probabilius videtur, ideo de ſuibus dubitatum, quoniam ſues neque operam hominibus præſtant, puta geſtando, arando, ut equi, muli, aſini, boves; neque lacte aut lana proſunt, ut vaccæ, oves, capræ. Utut ſit, placuit etiam ſues pecudum numero haberi, quia & ipſi gregatim ſub imperio paſtoris paſcuntur, *d. l. 2. §. 2. hoc tit. l.legatis 65.§.pecoribus 4.de leg.3.* Ubi Marcianus Juriſconſultus auctoritate Homeri hanc ſententiam confirmat. Locus eſt apud Poëtam *Odyſſ.13*, ubi Minerva Ulyſſem in patriam ex longo errore reductum monet, ut non recta domum ad uxorem & porcos introeat; ſed prius ad Eumæum ſubulcum adeat, à quo de rebus omnibus interea edoceatur, dum ipſa Telemachum filium reducat. Quo eodem loco leguntur verſus, quos poſt Marcianum hic citat Juſtinianus.

TEXTUS.

De injuria.

2. *Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo iure occidit. Itaque qui latronem inſidiatorem occidit, non tenetur: utique ſi aliter periculum effugere non poteſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui hac actione non teneantur.*

QUi nullo jure occidit] Injuriam hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam, ſed quod non jure factum eſt, ſeu damnum culpa facientis datum, *l. 5. §.1.hoc tit.* & nimirum quodcunque prævideri potuit, nec proviſum eſt, *l.ſi putator 31.l.44.eod.* Ex quo intelligimus, eum, qui occidit, aut alias damnum dedit, hac lege teneri, etiamſi animum nocendi non habuit, *d.l. 5.§ 1.* Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa vel leviſſima damnum datum eſſe arguatur, *l. in lege 44.eod.* Poſtremo non teneri eos, qui vel culpæ capaces non ſunt. Qualis eſt furioſus, infans & impubes infantiæ proximus, *d.l 5.§.2.* vel quorum factum à culpa abeſt; veluti ſi non fuit in poteſtate ejus, qui damnum dedit, non facere puta, ſi ab alio impulſus damnum dederit, *l.7. §.3.l.ſi ex plagis 52.eod.* vel ſi jure ſuo id fecit, puta furem nocturnum aut diurnum telo ſe defendentem, vel aggreſſorem, aut taurum irruentem occiderit, *hoc text.l.4. d.l. 5.eod.* aut ſi quis caſu alium læſit, quem divinare non potuit. Aut ſi in eo, qui læſus eſt, culpa ſit, cur ſit læſus, *vid. infr. §. 4. & 5.* Plerique putant, nec culpam, quæ in omittendo ſeu negligendo conſiſtit, ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit, *Covar. de ſponſ. part.2.c.6.§.8.n.13 Donell 16. com. c. 7.* Alii putant, hoc nomine utilem ſaltem actionem competere, *l.8.l.ſi ſervus 27.§.ſi fornicarius 9. & ibi Buſ.hoc tit.* quod verum eſt, ſi negligentia circa factum aliquod antecedens cauſam damni præbuit. Ita opiniones conciliat D.Tuldenus *hic c.7.*

Qui latronem inſidiantem] Adverſus periculum naturalis ratio permittit ſe defendere, *d. l.4.hoc tit.l.5. l. 45.§.4.h.etiam tit.* & quod quis ob tutelam corporis ſui fecit, jure feciſſe exiſtimatur *l. 3. de juſt. & jur.* Quamobrem ſi ſervum aggreſſorem aut latronem inſidiantem mihi occidero, ſecurus ero; ſed & ſi alium quemcunque ferro ſe petentem quis occiderit, non videtur injuria occidiſſe, *d.l.4.& l.5.eod.*

Si aliter periculum effugere] Vim nobis illatam vi repellere licet: cæterum ita, ſi aliter periculum vitari non poteſt, *l.ſcientiam 45.§.pen.eod.* Itaque ſi quis, cum poſſet intentantem periculum apprehendere, occidere maluit, injuria feciſſe videtur, *d.l.5.* Nec ultio permiſſa, ſed defenſio, quæ ita excuſata eſt, ſi in defendendo ſervata ſit moderatio inculpatæ tutelæ, *l.1.C unde vi.* Cuncta exequi, quæ ad materiam defenſionis pertinent, non eſt hujus loci.

TEXTUS.

De caſu dolo & culpa.

3. *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui caſu occidit, ſi modo culpa ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quam ex culpa quiſq; hac lege tenetur.*

COMMENTARIUS.

NOn minus ex dolo, quam ex culpa]. Inverſio eſt; dicere voluit, *non minus ex culpa, quam ex dolo* occidentem teneri: nam de dolo minor eſt dubitatio.

Similis verborum trajectio occurrit in *pr. ſupra de hæred. inſtit.* apud Ulpianum *l. juris gentium 7. §. pactorum 8. de pact. l. 3. §. 2. de incend. ruin. naufr.* apud Calliſtratum *l. ſolidum 85. de ſolut.*

TEXTUS.

De jaculatione.

4. Itaque ſi quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, tranſeuntem ſervum tuum trajecerit, diſtinguitur. Nam ſi id à milite in eo campo, ubi ſolitum eſt exercitari admiſſum eſt, nulla culpa ejus intelligitur; ſi alius tale quid admiſerit, culpæ reus eſt. Idem juris eſt de milite, ſi in alio loco, quam qui ad exercitandum militibus deſtinatus eſt, id admiſerit.

De putatione.

5. Item ſi putator ex arbore ramo dejecto ſervum tuum tranſeuntem occiderit, ſi prope viam publicam aut vicinalem id factum eſt, neq; proclamavit, ut caſus evitari poſſet, culpæ reus eſt; ſed ſi proclamavit, nec ille curavit præcavere extra culpam eſt putator. Aeque extra culpam eſſe intelligitur, ſi ſeorſum à via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat verſandi.

De curatione relicta.

6. Præterea ſi medicus, qui ſervum tuum ſecuit, dereliquerit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit ſervus, culpæ reus erit.

De imperitia Medici.

7. Imperitia quoq; culpæ adnumeratur; veluti ſi medicus ideo ſervum tuum occiderit, quia male eum ſecuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.

De imperitia & infirmitate mulionis, ait equo vecti.

8. Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, ſi ſervus tuus oppreſſus fuerit, culpæ reus eſt mulio. Sed & ſi propter infirmitatem eas retinere non potuerit; quum alius firmior eas retinere non potuiſſet, æque culpa tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum æquo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam ſuam retinere non potuerit.

NOTÆ.

LICET NON PROCLAMAVIT] Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis tranſiturus eſſet. Quod ſi etiam per locum privatum vulgo iter fiat, de culpa agi poterit, *d. l. 31.*

6. QUI SERVUM SECUIT] Quamvis bene *l. 18 eod.* Solebant olim medici venas incidere, & ægris ſanguinem mittere. Cic. *Piſoniana.*

7. SI MEDICUS] *l. 7. in fin. & d. l. 8. pr. eod.* Quanquam eventus mortalitatis medico imputari non debet, *l. 7. §. 7. de off. reſ.* & extra culpam eſſe intelligitur, ὅταν ᾖ μεῖζον τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς βοηθείας Alex. Aphrod. in 1. *Top. Ariſt.*

PERPERAM EI MEDICAMENTUM] ἀμαθῶς καὶ ἀπερισκέπτως, ut Hippocr. *de pharm. purg.* imperite, temere, inconſiderate.

COMMENTARIUS.

1. *Quod de militibus in loco exercitii ſe exercentibus hic dicitur, id etiam ad paganos certo loco ſe exercere ſolitos pertinere.*
2. *Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.*

AFferuntur hic varia exempla hominis occiſi, & damni dati citra dolum & animum nocendi, & fere culpa leviſſima. Nam ut antea dictum eſt, per legem Aquiliam non ſolum dolus, ſed etiam culpa vindicatur, ita ut ne leviſſima quidem hic excuſationem habeat, *l. in lege 44. hoc tit.* & recte: nam cum potior ſemper ſit cauſa ejus, qui damnum patitur quam qui dat, æquum eſt, damnum quacunque culpa datum ſarciri ab eo, qui dedit.

A milite in eo campo] Duæ circumſtantiæ in propoſito efficiunt, ut factum à culpa abſit & Aquilia ceſſet; locus exercitationi deſtinatus, & perſona ſe in eo loco exercitantis. Altero autem horum defici-

ſciente Aquiliæ locus eſt. Qua de cauſa ſi vel paganus in loco exercitationi militum conſtituto jaculans ſervum tranſeuntem occiderit, ſive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur. 1 *d.l.§ ult hoc tit.* Quid vero dicemus de conventiculis ſagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad ſcopum certare ſolent? Et quamvis hi milites non ſint, tamen ſi quis eorum die & loco ſolito ſe exercens, intempeſtive per eum locum tranſcurrentem transfixerit, extra culpam eſſe reſpondit *Wameſ, cent.2.conſ.51 fac Gret 3.juriſp.Batt.c.33.* Plane ſi conſulto ictum in tranſeuntem direxerit, aliud juris eſt, *d.l.9.§.ult. & ibi gloſſ.*

Si putator ex arbore dejecto ramo] Arborem putare, factum plane licitum eſt: cæterum in dejectione rami amputari culpa eſſe poteſt. Quo ex loco, in quo putatur arbor, æſtimandum eſt. Nam ſi is locus ſit prope viam publicam aut vicinalem, aliamve per quam vulgo iter fit aut unicuique tranſire jus eſt, & frondator ſeu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum, quantumvis privatum, ſine proclamatione dejiciens ſervum prætereuntem occiderit, culpæ obnoxius eſt: ſi vero proclamavit nec alter curavit caſum evitare, extra culpam eſt. Similiter extra culpam eſſe intelligitur, ſi in eum locum dejecerit, in quo nulli extraneo verſandi jus erat, quamvis non proclamaverit; quoniam divinare non potuit, an per eum aliquis tranſiturus eſſet, *l.ſi putator 31.hoc tit.* Via publica eſt, quæ Græcis βασιλικὴ, regia dicitur, Romanis prætoria & conſularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit; quæ & ipſa fere publica eſt, *l.2. §.22.ne quid in loc.publ.Sic Flacc.de cond.agr.Suet.Aug. 49. Th hic.*

Si medicus qui ſervum tuum ſecuit] Qui medicus ſervum alienum ſecuit, etſi bene ſecuit; (venæ ſectionem ſeu inciſionem intellige) tamen ſi ſuſceptam ejus curationem dereliquit, & ſervus ob id mortuus ſit, culpæ reus intelligitur, *l.8.hoc tit.* Nimirum qui ſuſceptam curationem deſeruit, cauſam mortis præbuiſſe videtur.

Imperitia quoque culpæ, &c.] Imperitia alicujus rei per ſe culpa non eſt, ſed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adſcribitur; ſi quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commiſſum ſit, *l.9.§ pen.l.item quæritur 13.§.ſi gemmas 5.locat.l.ſi ſervum 27.§.ſi calicem 29.h t.* eoque pertinet *l.imperitia 132.de reg jur.* Itaque ſi medicus ſervum tuum imperite, ἀμαθῶς καὶ ἀπειροτεχνίτως, fecuerit, vel medicamento perperam uſus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l.7. in fin.& l.ſeq.in pr.eod.* Homicidii crimen eſt in hominis ſalute peccare, ait Caſſiod.*6.var.29.* Diligenter autem conſiderandum eſt, ne, quod vi morbi contigit, id medici imperitiæ aut culpæ adſignetur: nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, ſed tantum quod commiſit per imperitiam, *l 6.§ ſicuti 7.de off.præſ.* & extra culpam eſſe intelligitur, ὅταν ᾖ μεῖζον τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς βοηθείας, *Alex.Aphrod.in 1.top.Ariſt.* 2 Culpa medici raro in judicium vocatur: quoniam, ut ille dicebat, errata medicorum terra occultat: beneficia autem ſol illuſtrat. Et Plinius alicubi ſcribit, ſoli medico hominem occidere impune eſſe. Papon.*23. tit.8. art. 1.* refert, medicum, qui fortiorem ſolito potionem ægrotanti præbuerat, impune quidem pro ea vice arreſto Pariſienſi dimiſſum fuiſſe ſed cum interminatione ſeveræ animadverſionis, niſi in poſterum ab hujusmodi remediis temperaret, *add.Grœnevv.de ll.abr. hic.*

Impetu quoque mularum, &c.] Mulio cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum ſervus alienus obtritus eſt, hac actione tenetur. Idem juris eſt in perſona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum eſt infirmitatem culpæ adnumerari. Quippe cum nemo temere affectare debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem ſuam alii periculoſam futuram, *l.8.§.1.eod.*

TEXTUS.

Quanti damnum æſtimetur, & de hæredibus.

9. *His autem verbis legis*, Quanti id eo in anno plurimi fuerit, *illa ſententia exprimitur, ut ſi quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luſcus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretioſus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, ſed quanti in eo anno plurimi fuerit: qua ratione creditum eſt pœnalem eſſe hujus legis actionem; quia non ſolum tanti quiſque obligatur, quantum damni dederit, ſed aliquando longe pluris. Ideoque conſtat, in hæredem eam actionem non tranſire, quæ tranſitura fuiſſet, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimaretur.*

COMMENTARIUS.

Q*Vanti id eo in anno plurimi*] Hæc clauſula æſtimationem habet damni, quod per eadem datum

eſt

eſt. Tenetur itaque qui ſervum occidit, non quanti is erat, cum occideretur, ſed quanti eo anno plurimi fuit, *l. ait. l. 21. l. inde Neratius 23. § Idem Iulianus 3. hoc tit.* ubi Ulpianus ſcribit, hominis occiſi æſtimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis ſexaginta quinque diebus. Quippe annum retrorſus numerari, ex quo quis occiſus eſt. Et ideo ſi pretioſo pictori pollex fuerit præciſus, & intra annum quo præcideretur fuerit occiſus, poſſe dominum Aquilia agere, pretioque eo æſtimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amiſiſſet. Si mortifere vulneratus ſit ſervus, deinde poſt, etiam longiori tempore interjecto, mortuus ſit, ſecundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus eſt, licet Celſus contra ſenſerit *d. l. ait lex. 21. §. 1.*

Pœnalem eſſe hujus legis actionem] Actio legis Aquiliæ pœnalis eſt. Nam etſi interdum lis ultra damnum datum non æſtimetur, veluti ſi res intra habeatur, ſufficit poſſe præſentem æſtimationem exuperari, & pœnam generaliter in damnoſos ſtatutam eſſe.

In hæredem non tranſire] Conſtat hanc actionem hæredi dari: ſed in hæredem non datur, cum ſit pœnalis; niſi forte ex damno locupletior hæres factus ſit, *d. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem 8. hoc tit.* aut lis cum defuncto fuerit conteſtata, *§. 1. inf. de perp. & temp. act.*

Quæ tranſitura fuiſſet] Ait, actionem legis Aquiliæ in hæredem non tranſire, non quia ex delicto eſt, ſed quia pœnalis; tranſituram, ſi pœnalis non eſſet. Itaque hic locus aperte confirmat eorum ſententiam, qui exiſtimant, actiones non pœnales, etiamſi ex delicto veniunt, in hæredem dari de quo latius alibi, *§. ult. ſupr. de obl. quæ ex del. & infr. §. 1. de perp. & temp. act.* Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non eſt: nam ſolum eatenus ea nunc utimur, ut damnum injuria datum perſequamur; non etiam quanti plurimi ſupra id res in eo anno aut in diebus 30. proximis fuit: & quando aliquid propter occaſionem conjugis vel parentis vel propinqui adjudicatur, id potius ejus qui agit indemnis ſervandi, quam coërcendi adverſarii cauſa fieri exiſtimatur. *Gudel. de jur. nov. lib. 3. c. 13. Grot. 3. introd. 32. & 34. Grœnevv. de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

Quid æſtimatur.

10. Illud non ex verbis legis, ſed ex interpretatione placuit non ſolum perempti corporis æſtimationem habendam eſſe ſecundum ea, quæ diximus, ſed eo amplius, quicquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti ſi ſervum tuum hæredem ab aliquo inſtitutum ante quis occiderit, quam is juſſu tuo hæreditatem adierit: nam hæreditatis quoque amiſſæ rationem eſſe habendam conſtat. Item ſi ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus ſervus occiſus fuerit, non ſolum occiſi fit æſtimatio, ſed eo amplius id quoq; computatur, quanti depretiati ſunt, qui ſuperſunt.

NOTA.

DEPRETIATI SUNT] Utitur eo verbo Paul. *d. l. 22. §. 1.* Tertull. *ad Nation. cap. 10.* Gloſſ. Lat. Gr. depretiati, ἐλαττωθέντες.

COMMENTARIUS.

NON *ex verbis legis, ſed ex interpretatione*] Lex de æſtimatione perempti corporis tantum locuta videtur: cæterum illud quoque damnum in æſtimationem venire placet, quod occaſione perempti corporis in re alia patimur: quod variis exemplis illuſtratur, *l. ait lex. 21. §. ult. cum ll. ſeqq. hoc tit.* Ait autem Juſtinianus id per interpretationem placuiſſe, nimirum quia legiſlatorem id quoque voluiſſe prudentes exiſtimaverunt: non enim tam ex ſcripto & ſententia hæc controverſia nata videtur, quam ex ſcripti ambiguitate: ut bene Horoman. *hic* & ideo de hoc quoque damno directam ex lege actionem competere verius eſt, *vid. §. ult. inf.*

Quicquid præterea damni] Quicquid præterea extra rem principalem noſtra intereſt. *d. l. ait lex. 21. § ult.* Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi cauſa ſervus interfectus eſt, pretioſiorem hunc ſervum facerent, ad æſtimationem ejus accedunt, *d. l. inde Neratius 23. §. in ſumma 6. eod.* Damnum autem intellige pecuniarium: nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce ſi filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, non pluris æſtimabitur, quam quanti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex affectu nec utilitate ſingulorum ſed communiter funguntur, *l. ſi ſervum 33. hoc tit. l. pretia 63. ad l. Falcid.*

Si ſervum tuum hæredem] Si ſervus hæres inſtitutus, antequam juſſu domini hæreditatem adiret, occi-

occiſus ſit, etiam hæreditatis amiſſæ damnum in æſtimationem venit, *d. l. inde Neratius 23. hoc tit.*

Item ſi ex pari mularum] *l. proinde 22. §. 1. eod.* Ubi Paulus ſcribit, etiam cauſas corpori cohærentes æſtimari Itaque ſi quis ex comœdis, aut ſymphoniae. aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, non ſolum peremti corporis æſtimationem faciendam eſſe, ſed & ejus rationem haberi debere, quo cætera corpora depretiata ſunt.

TEXTUS.

De concurſu hujus actionis & capitalis.

11. Liberum autem eſt ei, cujus ſervus occiſus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum perſequi, & capitalis criminis eum reum facere.

COMMENTARIUS.

SI dolo ſervus occiſus ſit, non tantum privato judicio legis Aquiliæ dominus agere poteſt: ſed etiam publico legis Corneliæ de ſicariis, *l. inde Neratius 23. §. ſi dolo 9. hoc tit. l. 3. C. eod.* nam lex Cornelia non diſtinguit cujus conditionis homo occiſus ſit; *l. 1. §. 2. ad l. Corn. de ſicar.* Addit Ulp. in *d. l. inde Neratius 9. ſi dolo,* ſi lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; ſcilicet, quo minus quod privato judicio judicatum erit, publico retractetur, *l. unic. quand. act. civ. crim.* Alio ſenſu Paulus in *l. 4. de publ. jud.* dicit, in actione legis Aquiliæ, cæteriſque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenire interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non ſic, ut agi amplius non poſſit, ſed ad probationem delicti quod attinet, ut iudicium privatum, ante finitum urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere] Modo, ut diximus, dolo malo homo occiſus ſit. Nam in lege Cornelia dolus tantum pro facto, accipitur, nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur, *l. 7. ad leg. Corn. de ſicar. add. Schneid. §. injuria, 2. n. 11. ſupr. & ad hunc §. n. 1.* De libero homine occiſo, ſi de damno ſarciendo agatur, dixi ſub *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

Caput ſecundum.

12. Caput ſecundum legis Aquiliæ in uſu non eſt.

COMMENTARIUS.

SEcundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in deſuetudinem abierat, ut teſtis eſt Ulpianus in *l. ſi ſervum 27. §. 4. hoc tit.* Quid autem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum ſit, haud temere dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia ſibi negotia ſumant. Cujacio videtur, pertinuiſſe ad interceptam nobis utilitatem quandam, re noſtra illæſa.

TEXTUS.

Caput tertium, quod damnum vindicatur.

13. Capite tertio de omni certo damno cavetur. Itaq; ſi quis ſervum, vel eam quadrupedem, quæ in pecudum numero eſt, vulneraverit; ſive eam quadrupedem, quæ in pecudum numero non eſt, veluti canem, aut feram beſtiam, vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio conſtituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnũ per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim uſtum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite conſtituitur; quanquam poterat ſola rupti appellatio in omnes iſtas cauſas ſufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum eſt. Unde non ſolum fracta, aut uſta, ſed etiam ſciſſa & colliſa, & effuſa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique reſponſum eſt, ſi quis in alienum vinum aut oleum id miſcuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.

NOTÆ.

13. CAPITE TERTIO] Verba capitis tertii referuntur ab Ulp. *l. 27. §. 5. eod.* ejusdemque *l. §. 6.* & deinceps fuſe explicantur.

COMMENTARIUS.

1. *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*
2. *Quid juris ſi liber homo vulneratus: & quid eo caſu hodie.*

TErtio capite ait eadem lex Aquilia; *Cæterarum rerum. præter hominem & pecudem occiſos, ſi quis alteri damnum faxit. quod uſſerit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas eſto. l. ſi ſervus 27 §. tertio 5. hoc tit.* Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, ſed uſſerit, fregerit, ruperit, ſine
1 dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde ſi facem ſervo meo objeceris, & eum aduſſeris, tenebe-ris mihi. Idem eſt ſi loris, vel virgis, vel pugnis, vel telo cecideris, ut corpus ei ſcinderes vel tumorem faceres, *d. l. 27. §. 17.* Item ſi quis mulum meum plus juſto oneravit, & aliquid membri ruperit, *d. l. 27. §. 23.* Sed & ſi arbuſtum meum vel villam meam incenderis, Aquiliæ actionem habebo, *d l ſi ſervus §. item ſi 7.* Æque ſi quis vinum effuderit, ſpurcaverit, vitiaverit, veſtimentum ſciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit, ex hoc capite tenetur, *d. l. 27 § cum eo. 15. & § ſi quis 18. cum §. ſeq eod.* Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læſis agendum eſt, quæ pecudes non ſunt, puta de cane. Sed & de apro & leone, cæteriſque feris & avibus idem erit dicendum, *l. quemadmodum 29. §. hac actione 6. eod.* In ſumma hoc capite ſervorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cædes, omnium denique rerum animatarum corru-
2 ptiones, in judicium vocantur. Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet: quoniam dominus membrorum ſuorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua non corporis, quod nullam æſtimationem recipit, ſed operarum ceſſantium & impendiorum æſtimatio fiet, *§. liber homo 13. eod.* quam æſtimationem etiam pater utili legis actione perſequi poteſt, ob vulnus inflictum filiofam. *l. 7. eod. l. cum duobus 52. §. ſocium 16. pro ſoc. Cujac. 21. obſ. 20. add. Grot. 3. introd c. 34.* Moribus harum regionum etiam dolorum & deformationis corporis, ſi quando id petitur, æſtimatio fit, quamvis proprie hæc pecunia ſarciri non poſſunt, neque juri Romano id conveniat, *l. ult. de his qui dejec. l. 3. ſi quadr. paup Grot. d. loc.*

Ruptum intelligitur, quod qu quo modo corruptum] Verbum *ruperit* fere omnes veteres ſic intellexerunt, *corruperit.* Itaque rupti appellatione continentur & uſta & fracta, & ſciſſa & colliſa, & effuſa & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obſtat quod lex diſtinctim hæc tria exprimit, uſſerit, fregerit, ruperit. Nam, ut Celſus dicebat, non eſt novum, ut lex ſpecialiter quibuſdam enumeratis generale ſubjiciat verbum, quo ſpecialia complectatur, *d. l. ſi ſervus 27. §. inquit 13. cum 3. §§. ſeqq.*

TEXTUS.

De dolo & culpa.

14. *Illud palam eſt, ſicut ex primo capite demum quiſque tenetur, ſi dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occiſus occiſave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri: ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, ſed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.*

COMMENTARIUS.

S*I dolo & culpa*] In hac quoque actione; quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus punitur. Ideoque ſi quis in ſtipulam ſuam vel ſpinam comburendæ ejus cauſa ignem immiſerit, & ulterius evagatus & progreſſus ignis alienam ſegetem vel vineam læſerit, requiremus, num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam ſi die ventoſo id fecit, culpæ reus eſt: Nam & qui occaſionem præſtat, damnum feciſſe videtur. In eodem crimine eſt & qui non obſervavit, ne ignis longius procederet. At ſi omnia, quæ oportet, obſervavit, & ſubita vis venti ignem longius produxit, caret culpa, *l. qui occidit 30. § pen. hoc tit.*

Quanti in diebus triginta] Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tanti lis æſtimatur, *d. l. ſi ſervus §. tertio 5. eod.* qui exceſſus præſentis æſtimationis hic pro pœna eſt: quæ levior in hoc capite, quàm in primo, tanquam in delicto leviore.

TEXTUS.

Quanti damnum æſtimetur.

15. *Ac nec* plurimi *quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit, perinde habendam æſtimationem, ac ſi etiam hac parte* plurimi *verbum adjectum fuiſſet: nam plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, con-*

tentam fuiſſe, quod prima parte eo verbo uſa eſſet.

COMMENTARIUS.

HÆc verba, *quanti in diebus triginta proximis fuit,* etſi non habent *plurimi*, ſic tamen accepta ſunt, *l. quemadmodum 29. §. ult. hoc tit.* nimirum ut vox *plurimi* in primo capite poſita, in tertio repetita intelligatur: & alioqui incerta eſſet damni ex hoc capite æſtimatio.

Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, &c.] Rectius dixiſſet *Legem jus ſit*, & mox, *ex verbo uſus eſſet*, ut hic notat Hotoman.

TEXTUS.

De actione directa, utili & in factum.

16. *Cæterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem eſſe, ſi quis præcipue corpore ſuo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari ſolent; veluti ſi quis hominem alienum, aut pecus ita incluſerit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur: aut ſi quis alieno ſervo perſuaſerit, ut in arborem deſcenderet, vel in puteum deſcenderet, & is deſcendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læſus fuerit; utilis actio in eum datur: ſed ſi quis alienum ſervum aut de ponte, aut de ripa in flumen dejecerit, & is ſuffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore ſuo damnum dediſſe non difficulter intelligi poteſt: ideoque ipſa lege Aquilia tenetur. Sed ſi non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læſum fuerit, ſed alio modo alicui damnum contigerit, quum non ſufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti ſi quis miſericordia ductus alienum ſervum compeditum ſolverit, ut fugeret.*

NOTÆ.

16. SI QUIS PRÆCIPUE CORPORE SUO] Directa legis actio ita demum conceditur, ſi quis corpore ſuo damnum dederit, *l. 51. eod.* Directa actio hîc intelligitur, quæ ex verbis legis eoque, quod ſcriptum eſt, deſcendit.

QUI ALIO MODO, &c. UTILES ACTIONES] Quæ eædem & in factum; cæterum civiles *l. 7. §. 3. & 6. l. 9. eod.* Actio, quæ inducitur per interpretationem & extenſionem aliquam, tanquam ex mente legislatoris, non directa, ſed utilis dicitur: quanquam vi & effectu à directa nihil differt, *l. propen. de neg. geſt.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei poſſeſſori, item libero homini ſuo nomine utilis actio legis Aquiliæ datur. Directam habere non poſſunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit, *l. 7. l. 11. §. 8. l. 13. hoc tit.*

ALIENUM SERVUM DE PONTE] Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celſus ait ſive ipſo ictu perierit aut continuo ſubmerſus eſt, aut laſſatus vi fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri: quemadmodum ſi quis puerum ſaxo illiſiſſet, *d. l. 7. §. pen.*

IPSA LEGE AQUILIA] Ex ipſis verbis legis Aquiliæ, ut directa in eum actio competat, ut recte interpretatur Theoph.

NEQUE CORPUS LÆSUM] Ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex ſententia utilis actio competit: ac proinde ſubſidiaria in factum opus eſt, *l. 33. in fin. h. t. l. 7. §. 7. de dolo*, quæ à prætore defectum legis ſupplente datur, *l. 11. de præſcr. verb.*

MISERICORDIA DUCTUS] *d. l. 7. §. 7. de dolo.* Intempeſtiva miſericordia damnoſa eſt. Similiter actione in factum tenetur, qui fumo facto apes fugaverit vel etiam necaverit, *l. 49. eod.* Apes fumo abigi & necari notiſſimum eſt. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Directa actio quot modis dicatur.*
2. *Actio utilis quid: & qua ratione, quando, à quibus introducatur.*
3. *Directam actionem eſſe, tam qua ex ſententia legis deſcendit, quam qua ex verbis: utilem, qua, tanquam ex ſententia per interpretationem extenſivam, in factum, cui nec oratio nec ſententia convenit.*
4. *Vtilem, qua tanquam ex ſententia legis, & ipſam interdum in factum appellari.*

Ut

UT hic locus plene intelligatur, ſciendum eſt, non uno ſemper & ejusdem oppoſitionis intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis à veteribus uſurpari. Nam primum directa actio dicitur principalis
1 oppoſita vel præparatoriæ, puta actioni ad exhibendum, *l. 3. §. ibidem 13. l. ſi quis 17. ad exhiben.* vel contrariæ, ut actio directa commodati, depoſiti, pigneratitia, &c vide noſtra ad §. *2. ſup. quibus modis re contr. oblig.* §. *1. ſup. de obligat. quæ quaſi ex contract.* Deinde actio ordinaria ex delicto, oppoſita noxali, directa quoque vocatur, §. *omnis 5. inf. de nox. action.* Poſtremo directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quæ conſideratio hujus loci propria eſt.
2 Utilis actio ſic in univerſum deſcribi poteſt, quod ſit actio, quæ deficiente ſtricta juris ratione ex æquitate introducitur. Id vero fit bifariam: vel interpretatione juriſconſultorum; vel etiam jure expreſſo, tum prætorio, tum etiam civili æquitatem ſectante. Actiones prætoriæ in relatione ad jus civile ſtrictum, omnes dicuntur utiles, tametſi aperte verbis edicti propoſitæ ſint, §. *namque 4. inf. de action. l. tut. 16. §. ult. de pign. act. l. electio. 26 §. 2. de nox. act.*
3 *l. 1. de ſuperfit. l. ult. C. quib. ex ca. maj.* Quanquam ſi jus prætorium abſolute ſpectamus; quædam actiones hoc jure proditæ directæ, quædam utiles appellari poſſunt: directæ, quæ ipſis edicti verbis proponuntur: utiles, quas verbis ceſſantibus prudentum interpretatio induxit, *l. pen. §. ult. de his qui dei. vel eff.* ut apparet ex *l. nec quaſi 70. de rei vind. l. 1. l. ſi Titio 22. de pignor. l. in eum 19. in pr. de inſtit. act. l. 5. §. pen. de pec. conſt. l. 1. C. de precar.* Sed & jus civile nonnunquam verbis expreſſis utiles tantum actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit, quominus directæ dentur; veluti ſi directæ jam ſint apud alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos ſimul directa ſit actio, aut ab eo, cui illa ſemel competere cœpit, avulſa in alium transferatur. Hinc eſt, quod ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve eſt, non directa, ſed utilis actio reſcriptis Impp. datur, quia ſcilicet ex ratione juris directa penes venditorem, hæredem, donatorem manet, *l. ſi cum 16. de pact. l. 1. C. de obl. & act. l. ex legato 18. C. de legat.* Pari de cauſa, quia ratio juris civilis non patitur, ut noſtra conventione alteri actionem quæramus, quibusdam caſibus hic utilis actio conſtitutionibus introducta eſt, *l. 3. C. de don. quæ ſub mod.* His autem caſibus, & ſi qui ſunt ſimiles, demptis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis, eoque, quod reſcriptum eſt, deſcendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehenſum intelligi oportet quod voluiſſe legislatorem conſtat, etiamſi id verbis aperte expreſſum non ſit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expreſſe jubetur ejus damni æſtimationem præſtare. Illud non exprimitur, damnum tanti æſtimandum, quanti interſit damnum datum non eſſe. Cæterum quia damnum ſarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc ſic acceptum eſt, quaſi ſcriptum eſſet, ejus omnis, quod intereſt, æſtimationem fieri debere: ac proinde etiam ejus nomine quod extrinſecus intereſt directa ex lege actio competit, ut notavimus ad §. *illud. 16. ſupr. eod.* At vero ubi longius proceditur, atque ex ſcripto & ſententia controverſia orta, actio inducitur per interpretationem, & extenſionem aliquam, tanquam ex mente legislatoris: ea non directa, ſed utilis eſt; quanquam vi & effectu juris à directa non differt, *l. propen. de neg. geſt.* Quod ſi & verba & ſententia legis deficiunt, hic prætor defectum legis, utilitate id exigente, ſupplere ſolet reddendo actiones in factum, *l. quia actionum 11. de praſc. verb.* Quæ omnia exemplis in textu illuſtratur. Illud etiam hic obiter notandum, appellatione actionis in factum nonnunquam ſignificari actionem illam utilem, quam ex ſententia legis 4
per interpretationem induci diximus: ut videre eſt in *l. qua actione. 7. §. proinde 3 l. item ſi 9. in pr. l. item Mela. 11. §. ſed ſi 8. l quemadmodum 29. §. pen. hoc tit.* Proprie autem eo nomine deſignari actionem ab illa utili diſtinctam; quæ ſcilicet id factum perſequitur, cui nec oratio nec ſententia legis convenit, *d. l. 11. de præſcr. verb. l. ſi ſervum 33. §. 1. hoc tit. l. 7. §. idem Labeo 7. de dol. & hoc titul. in fin.* Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota ſubſidiaria eſt.

Si quis corpore ſuo] *Add. l. ita vulneratus 51. in pr. h. t.*

Qui alio modo damnum dederit, utiles actiones] Quæ eædem & in factum, cæterum civiles, *l. qua actione 7. §. 3. & Celſus 6. l item ſi 9 fere tot. per tit eodem.* Si patri nomine filii, bonæ fidei poſſeſſori, item libero homini ſuo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directam enim habere non poſſunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit, *d. l. qua actione in pr. l item Mela. 11. §. ſed ſi 8. l. liber homo 13. pr. eodem.*

Neque corpus læſum] Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex ſententia utilis actio competere poteſt: & proinde ſubſidiaria in factum opus eſt, ſecundum ea, quæ jam dicta ſunt, *l. 11. de præſc. verb. l. ſi ſervum 32. in fin. hoc tit. l. 7. §. idem Labeo 7. de dolo.*

TITULUS IV.
De injuriis.

D. lib. 47. 10. C. lib. 9. tit. 35. & 36.

Continuatio: & argumentum tituli.

Quæ-

Quarta ſpecies delicti, unde obligatio & actio inter privatos naſcitur, eſt injuria ſeu contumelia. Quæ quid ſit, quomodo & quibus fiat, tum qua pœna vindicetur, quæ circumſtantiæ eam augeant aut minuant, & denique quomodo aboleatur, hic docebitur.

TEXTUS.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: ſpecialiter, alias contumelia, quæ à contemnendo dicta eſt, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, ſicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injuſtitia, quam Græci ἀνομίαν & ἀδικίαν vocant: cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepiſſe dicitur.

NOTÆ.

Generaliter injuria] Ex Paulo *apud Ruſin. tit.* & Ulpiano *l. 1. h. t.* ubi JC. ait, *injuriam ex eo dictam, quod non jure fit.* Auguſt. *Confeſſ. 3. cap. 8. Sive per contumeliam, ſive per injuriam.*

Cum iudex non iure contra quem pronuntiat] Si judex inique ſententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, *l. 51. de evict.* eum, qui ſententia læſus eſt, injuriam paſſum dicimus, *d. l. 1. hoc tit.* Judex autem injuriam facit, non is, ſecundum quem judicatum eſt. Ariſtot. 1. *magn. mor. 34.*

COMMENTARIUS.

Omne *quod non jure fit*] Quidquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, *l. 1. hoc tit.* Ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, quod non jure fiat. Itaque omne factum, quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam late patet, quam injuſtitia. Eſt enim effectus injuſtitiæ, quæ in affectu & habitu animi conſideratur. Cicero in paradox. *Quocunque aſpexiſti, ut furiæ, ſic tuæ tibi occurrunt injuriæ, quæ te reſpirare non ſinunt. Injuriæ*, Id eſt, actiones injuſtæ, flagitia, peccata. Injuriæ, ſic generaliter, dictæ. Juſtinianus tres ſpecies hic commemorat, uti & Juriſconſultus in *d. l. 1.* contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem ſententiæ; quibus tamen genus propoſitum non exhauritur. Sed de eo unusquisque pro arbitratu exiſtimet. Adeundus omnino Ariſtot. *lib. 5. ethic.*

Specialiter alias contumelia] Speciatim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in hoc tit. *l. 5. §. 1. ad l. Aquil. l. ſi unus 27. §. 2. de pact.* ubi Paulus ſcribit, actionem injuriarum naſci ex contumelia. In hoc ſignificatu injuria ſic ab auctore librorum ad Herennium definitur. *Injuria eſt, quæ aut pulſatione corpus, aut convitio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat.* Ego ſic; Injuria eſt omne dictum factumve ad contemptum, infamiam aut dolorem alterius directum.

A contemnendo] Contumelia à contemptu. Seneca quoque auctore, dicta eſt: quia nemo niſi quem contemſit, tali injuria notat.

Alias culpa, ſicut in lege Aquilia] Lex Aquilia injuriæ verbo vel maxime dolum malum intelligit: cæterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum eſt injuria factum exiſtimat. Quod Ariſtoteles non ἀδίκημα, ſed ἁμάρτημα appellaret: & ita fortè legendum; quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abeſt. Atque hæc eſt ſecunda injuriæ ſpecies.

Non jure contra quem pronuntiat] Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam ſi judex inique ſententiam dixerit, eum qui ſententia læſus, injuriam paſſum eſſe dicimus. Quanquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantum, cum judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, ſed etiam cum per errorem aut imprudentiam, *l. ſi per 51. de evict.* Effectu tamen juris inter hæc facta multum intereſt; & alterum vere maleficium eſt, alterum proprie non eſt, ſed quaſi maleficium; ἁμάρτημα utique: de quo vide *pr. tit. ſeq.* Illud huic loco contrarium non eſt, quod apud Paulum in *l. penult. de juſt. & jur.* legimus, Prætorem quoque jus reddere, cum inique decernit. Nam, ut ipſe illud explicat, dicitur hoc relatione facta non ad id, quod prætor fecit, ſed ad illud, quod prætorem facere convenit; ſive nomine relato ad id quod videtur, non quod eſt; πρός τι φαινόμενον non πρὸς τὸ ὄν.

TEXTUS.

Quibus modis injuria fit.

1. *Injuria autem committitur, non ſolum cum quis pugno pulſatus, aut fuſtibus cæſus, vel etiam verberatus erit; ſed & ſi cui convitium factum fuerit; ſive cujus bona quaſi debitoris, qui nihil deberet, poſ-*

poſſeſſa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum ſibi debere: vel ſi quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen (aut hiſtoriam) ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret: ſive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatamve adſectatus fuerit: ſive cujus pudicitia attentata eſſe dicetur: & deniq; aliis plurimis modis admitti injuriam manifeſtum eſt.

NOTA.

MATREMFAM. AUT PRÆTEXTATUM, &c.] Budæus *in l. ult. de ſenat.* erat autem prætexta puerile veſtimentum, *l. 23. §. 2. de aur. & arg. leg. & ingenuitatis inſigne, σύμβολον εὐγενείας,* Philoſtrat. *in Herode.*

COMMENTARIUS.

1. *Re quot modis injuria fiat.*
2. *Convitium quid, & an citra id verbis injuria fieri queat.*
3. *An & quando veritas convitii excuſet injuriantem.*
4. *An eum relevet præfatio honoris.*
5. *Injuriam verbis factam an verbis liceat repellere.*
6. *Famoſi libelli quam varia pœna.*
7. *Si inventor auctorem indicaverit.*
8. *Pœna capitali l. un. C. de famoſ. libel. quando locus.*
9. *Adſectari cur injurioſum.*
10. *Sermo prætextatus.*
11. *Cur injurioſa attentatio pudicitiæ.*

INterpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem & verbalem: eam, quæ ſcripto fit, alii ad realem referunt, alii, & frequentius, ad verbalem: quod & Labeo feciſſe videtur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* & nos ſequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel lingua ſcilicet nuncupatis, vel ſcripto expreſſis.

1 *Cum quis pugno pulſatus*] Proprie injuria realis eſt, quoties manus inferuntur, *d. l. 1. §. 1.* Sed & illa realis cenſetur, quæ citra illationem manuum aut læſionem corporis infertur, re aut facto aliquo, quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti ſi quis vexandi cauſa aliquem in jus vocari curaverit, *l. injuriarum 13. §. 3. eod.* aut domum abſentis debitoris ſignaverit ſine auctoritate judicis, *l. ſi injuria 20. eod.* cui ſimile, quod hic proponitur de bonis quaſi debitoris poſſeſſis: item ſi quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indiciis publicè utatur, puta lugubri aut ſqualida veſte, aut ſi demittat barbam, ſubmittatve capillos *l. item apud 15. §. generaliter 27. l. veſtem 39. eodem Cujac. 6 obſ. 5.* & alia hujusmodi quæ vel geſtu ad infamiam aut contumeliam alicujus compoſito fiunt, *ὕβρεις γὰρ οὐ μόνον ἡ ἐν λόγῳ, ἀλλὰ καὶ ἡ κατὰ πᾶν ἔργον ἀσχρόν. Euſtath. ad Odiſſ. α.* adde *Damhaud. prax. crim. c. 140. Theſſaur. dec. 22. 9.*

Convitium factum] *l. item apud 15. §. ait prætor. 2. & ſeqq. hoc tit. l. 5. C. eod.* hæc injuria verbalis eſt. 2
Convitium auctore Ulpiano dicitur vel à concitatione, vel à conventu, hoc eſt, à collatione vocum. Nam cum in unum complures voces conferuntur, id *convitium* appellari ait, quaſi *convocium*. Atque ex eo apparare, non omne maledictum convitium eſſe, ſed id ſolum quod cum vociferatione dictum eſt, ſive unus ſive plures in cœtu dixerint: quod autem non in cœtu nec vociferatione dicitur, convitium non propriè dici, ſed infamandi cauſa dictum, *d. l. item apud §. convitium 4. & §. ex his 11. cum ſeq.* Verum hanc etymologiam & definitionem Juriſconſulti reprehendit *Laur. Vall. 6. elegant. 52.* negans, uſquam apud probatos auctores reperiri hanc differentiam cuſtoditam inter convitium & maledictum. Inter quæ (ſi qua eſt) hanc fore ait, quod convitium eſt maledictum contumelioſum; nec utique vociferatione ſemper convitium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani & Ciceronis: cujus verba in oratione pro Cælio hæc ſunt; *Maledictio nihil habet propoſiti præter contumeliam, quæ ſi petulantius jactatur, convitium; ſin facetius, urbanitas nominatur.* Atque ita quoque vox convitii uſurpatur in *l. 5. C. hoc tit.* Quicquid ſit, etiam verbis citra convitium injuriam fieri poſſe conſtat: veluti, ſi quis non debitorem quaſi debitorem appellaverit, *d. l. item apud 15. §. ſi quis 33. eod.* aut ſi quis puellam blandis verbis ſollicitet ad ſtuprum, *d. l. item apud §. appellare 20.*
Tria fere hic quæri ſolent. Primum eſt, an veritas 3
convitii excuſet injuriantem. Interpretes vulgo reſpondent, excuſare, ſi id, quod objicitur, tale eſt, ut publice interſit illud ſciri; veluti ſi quis latro, homicida, adulter, ſacrilegus appelletur: eoque pertinere reſponſum Juriſconſulti in *l. eum qui 18. in pr. hoc tit.* ubi ait, eum, qui nocentem infamavit, non eſſe bonum & æquum condemnari. Peccata enim nocentium nota eſſe oportere & expedire. Hoc autem vel maxime procedet, ſi infamaverit apud magiſtratum: quoniam tum omnino præſumitur feciſſe, ut ſuper objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquiſitio inſtitueretur. Alias ſi ex circumſtantiis animus injurandi adfuiſſe arguatur, veluti ſi in rixa id fecerit odio impulſus, petulantiam iſtam impunitam relinqui non debere, *l. 3. C. de off.*

eff.reſt.prov. Sin autem quod objicitur innoteſcere nihil intereſt, puta ſi alter pœnam delicti ſui ſuſtinuerit, aut ſi vitium naturale objiciatur, claudus aliquis luſcus aut gibboſus vocetur, veritatem convitii non excuſare, quominus animo injuriandi id factum præſumatur: contrarii tamen probationem hic admittendam, *arg.l.5.C.eod. Ita ferme Gomez 3.reſol.6. num 2. Mynſ.4.obſ.4. Gail.2.obſerv.99. Covarr.1.reſol.11. nu.6. & 7. Clar.lib.5.§.injuria n.15. Weſemb.parat num.8.* Atque hanc diſtinctionem paſſim in judicando ſervari tradit *Chriſtin.vol. 4. dec.202.nu.32.*
4 *add. D. à Sande lib.5.tit.8 defin.7.* Alterum eſt, an injuriantem relevet præfatio honoris aut proteſtatio non animo injuriandi: veluti ſi quis dicat, tu es mendax, abſit dicto contumelia, aut ſalvo honore tuo. Communis ſententia eſt non relevare, quia proteſtatio contrario facto nihil operatur: atque ita etiam pronuntiari ſolet, *vid. Gail. 2.obſ.101.num.1. Guid. Pap. deciſ. 465. in fin Covar.1.reſolut.11.num.1. Clar. lib.5.§.injuria 13. Ant.Fab.Cod.ſuo.hoc tit. deciſ.1.n.3.*
5 Tertium eſt, an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere. Quippe ignoſcendum ei, qui ſe ulciſcitur provocatus, *arg l.qui cum 14. §.ſi libertus 6.de bon.liber.* Cæterum non quibuscunq; verbis injuriam illatam repellere fas eſt, non iis quæ ad vindictam tendunt, ſed tantum quæ pro defenſione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, qui vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipſe es latro aut fur; quoniam hoc tendit ad vindictam: aut impune dici poterit, tu mentiris, cum hoc tendat ad defenſionem honoris & innocentiæ, vid. *Mynſ.cent.5.obſ.17. Gail. 2.obſ.100. Tulden.in Cod.hoc tit. c.4.*

Sive cujus bona quaſi debitoris] Quia cujus bona ex edicto poſſidentur ejus fama & exiſtimatio cum bonis ſimul poſſidetur, *ut ait Cicero pro Quint.* Eſt autem hæc injuria realis: cui ſimiles ſpecies eſt quæ proponitur in *l.ſi injuria 20.hoc tit.* Ait, *ab eo qui intelligebat,* nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non fit ſine propoſito & affectu facientis, *l.3.§.1. hoc tit.*

Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen] Ad injuriam verbalem, cum pleriſque, retulimus etiam eam, quæ ſcriptura fit: cujus ſpecies atrociſſima, eſt famoſus libellus, ſive, ut veteres locuti ſunt, malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur ex eo, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam ſtatuam hu
6 jusmodi ſcripta affigi ſoleant. Pœna mali carminis ex lege duodecim tabularum capitalis fuit. Ut appareret ex loco Ciceronis *4.de republ* quem citat Auguſtinus *2. de civ.Dei,cap 9. Noſtræ,* inquit XII. *tabulæ, cum perpaucas res capite ſanxiſſent, in his hanc quoque ſanciendam putaverunt, ſi quis carmen condidiſſet, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri. Præclare. Iudiciis enim ac magiſtratuum diſceptationibus legitimis propoſitam vitam, non Poëtarum ingeniis, habere debemus: nec probrum audire, niſi ea lege, ut reſpondere liceat, & judicio defendere.* Sed pœna capitis poſtea ſublata videtur: nam lege Cornelia auctor famoſi carminis inteſtabilis eſſe jubetur, *l.5.§.ſi quis 9. hoc tit.* Ubi Ulpianus ſcribit, *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, etiamſi alterius nomine ediderit, vel ſine nomine, de ea re injuriarum agere licere, & ſi condemnatus ſit, qui id fecit: inteſtabilem ex lege eſſe juberi.* Noviſſime id iterum capite ſancitum poſteriorum Principum conſtitutione; quæ extat in *l. unic. C de famoſ. libell.* qua conſtitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum protulit. Quid ergo, ſi auctorem 7
indicavit? Idem adhuc dicendum cenſet Salicetus in *d.l.un.* quem ſequitur *Schneid. hic num. 5.* non quod auctorem edens puniatur, quaſi ipſe auctor ſit; ſed ob delictum proprium. Quippe utrumque flagitioſum eſſe, & componere famoſum libellum & publicare. Verum hoc aliis diſplicet, & merito. Nam illum demum lex punit, quem auctorem eſſe præſumit. Indicanti vero auctorem etiam præmium alibi decernitur, *l.5. §. ult. hoc tit.* ita ut hoc recte factum compenſet invidiam non aboliti ſcripti: cum nec convinci auctor poſſit, ſi ſcriptum aboleatur: ut diſputat *D. Tuld. hic cap.3.* Cæterum tum demum 8
pœna capitis prædicta conſtitutione imponitur, ſi in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni locus eſt, ut eadem animadverſione coërceatur auctor, qua coërceri mereretur crimen illud, quod in libello objicitur. Alias vero mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicatur, ſecundum *Gloſſ. Petr. Cyn. Salic. Angel. in d. l. unic. Ioan. de Plat & Schneid. hic, Gomez 3 reſ 6.n 1 Chriſtin. vol. 4. deciſ. 202. num. 36.* Quod autem D. Weſemb. in *add. ad Schneid.* notat, pro famoſo libello eam ſolum ſcripturam haberi, in qua objicitur ſpeciale, certum & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii: ſin autem nullum tale crimen objicitur, ſed aut contumelia aliqua, qua exiſtimatio læditur, ut ſi quis ſpurius in ſcripto nominetur; aut in genere criminis arguatur, veluti ſi appelletur flagitioſus, ſcelestus, nebulo, &c. libellum famoſum non eſſe, ſed ſimplicem ſcriptam injuriam: id, ſi quidem vim rerum nominumque ſpectes, perperam dicitur. Non male autem, ſi conſideres, quod hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quam ſi certum & capitale crimen obji-

ciat. Jus Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei atque excommunicationem, *cap. 1. & 3. cap. 5. quæſt. 1.* Atque hodie generali conſuetudine pœna famoſi libelli capitalis eſſe deſiit. *Clar. §. fin. quæſt. 68. num. 25. & Bajard. in add. ibid. num. 64. & ſeq. Zypæ. not. jur. Belg. Grœnevv. de ll. abrog. C. de fam. libell. Perez. ibid. in fin.*

Qui matremfam. aut prætextatum prætextatamve aſſectatus] Aſſectatur qui tacitus frequenter ſequi-
9 tur. Aſſidua enim frequentia quaſi præbet nonnullam infamiam. *Ulp. l. item apud 15. §. aliud 22. hoc tit.* Quibus verbis meo judicio Juriſconſultus ſignificat aſſectationem propterea turpem eſſe, quia videtur quis quaſi ſcortum ſectari. Nam & hodie quoque ſolent homines improbi, dum ſugillare volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico eis adambulare, quaſi ſcortum ad locum conſtitutum ſectantes. Materfamilias dicitur quælibet mulier honeſta, ſive nupta ſit, ſive vidua, *l. pronuntiatum 46. §. 1. de verb. ſign.* prætextati dicebantur, qui prætexta adhuc & bulla utebantur. Quod fiebat uſque ad annum decimum ſeptimum. Quo tempore togam virilem ſumebant, depoſita prætexta puerili. Ut meminit
10 Cicero in *prooemio Lælii.* Hinc ætas prætextata Gellio *lib. 1. noct. cap. 23.* mores prætextati Juvenali *ſatyr. 2.* ſermo prætextatus, qui aliis eſt ſermo aperte obſcœnus *Sueton. in Veſpaſ. Macrob. 1. Saturnal.* Aliis qui nihil obſcœnitatis habet. Prætextatum enim ſermonem quidam ab eo dictum putant, quod prætextatis nefas ſit obſcœno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depoſitis prætextis à multitudine puerorum obſcœna clamentur, auctore Feſto. Vide Budæum ad *l. ult. de ſenat. Ioan. Britan. in d. ſatyr. 2. verſ. Sic prætextatos referunt Artaxata mores.* Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & innuptæ, à prætextis, quas nubentes deponebant.

Pudicitia attentata] Attentari pudicitia alicujus
11 dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat; & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur *l. 3. §. ult. cum l. ſeq. hoc tit.* Ut ecce ſi quis puellam aut matronam ſollicitet ad ſtuprum, injuriam ei facit. Hoc enim ipſo ſignificat, ſe jam opinionem aliquam de inconſtantia morum ejus concepiſſe. Prætor appellandi verbo uſus eſt, ut apparet ex *d. l. item apud §. appellare 20. & §. aliud 22.* Appellare, ait ibi Juriſconſultus, eſt blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non eſt convitium facere, ſed alia verbalis injuria.

TEXTUS.

Qui & per quos injuriam patiuntur. De parente & liberis, viro & uxore, ſocero & nuru.

2. *Patitur autem quis injuriam non ſolum per ſemetipſum, ſed etiam per liberos ſuos, quos in poteſtate habet: item per uxorem ſuam; id enim magis prævaluit. Itaque ſi filiæ alicujus, quæ Titio nupta eſt, injuriam feceris, non ſolum filiæ nomine tecum injuriarum agi poteſt, ſed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem ſi viro injuria facta ſit, uxor injuriarum agere non poteſt. Defendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus, æquum eſt. Sed & ſocer nurus nomine, cujus vir in ejus poteſtate eſt, injuriarum agere poteſt.*

COMMENTARIUS.

PAtitur quis injuriam non ſolum directo per ſe, ſed etiam oblique per alias perſonas. Per alios patiuntur, pater per liberos, quos in poteſtate habet; dominus per ſervos; maritus per uxorem; ſocer per nurum, cujus vir in poteſtate ejus eſt. Etenim ad nos quoque ſpectat injuria, quæ iis fit, qui vel poteſtati, vel effectui noſtro ſubjecti ſunt, *l. 1. §. 3. hoc tit.* Injuria funeri teſtatoris vel cadaveris poſt aditam hæreditatem facta, hæredi quodammodo facta cenſetur. Semper enim hæredis intereſt defuncti exiſtimationem purgare. Idemque eſt, ſi fama ejus, cui hæredes exſtitimus, laceſſatur. Si vero id ante aditam hæreditatem fiat, magis hæreditati fieri videtur, & ſic hæredi per hæreditatem acquiritur, *d. l. 1. §. & ſi 4. & §. quoties 6.*

Per liberos quos in poteſtate] Hic immediate ipſis liberis fit injuria, & mediate per liberos patri; qui & ſuo & liberorum nomine injuriarum agit. Nam & ipſi quoque filio injuria fieri dicitur; perſecutio tamen injuriæ patri tantum datur, non filio; niſi pater aut præſens non ſit, aut ſi vilis abjectæque conditionis perſona, *l. ſed ſi 17. §. ait prætor 10. cum §§. ſeqq. l. pater 41. hoc tit. l. 2. C. eod.* addo tertium, niſi pater præmortuus ſit. Itaque quod dicitur, in *l. 1. §. ult. eod.* filiæfam. actionem competere, ſic accipiendum eſt, ut tamen ſolus pater eam ſuo jure exerceat. Quod ex eo etiam

etiam intelligitur, quod patet illatam filio injuriam remittere & condonare poteſt, *d.l.ſed ſi 17.§.plane 12.* Plane ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, ſed ipſe filius; patri autem prætoria actio competit, *l. 5.§. illud 6. & ſeq. eod.* Uſque adeo autem injuria, quæ liberis noſtris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiamſi illi ultro quid injurioſum patiantur, adhuc tamen noſtro nomine eam injuriam perſequi nobis liceat, *d. l.1.§.uſq. 5.l. ſi quis 26.eod.*

Per uxorem] Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideo non tantum uxor, ſi ſui juris eſt, injuriam ſibi factam exequi poteſt; ſed etiam maritus ſuo nomine agere, tanquam per latus uxoris ſibi quoque ſimul injuria illata ſit. *l.1.§.ult.l.non ſolum 11. § quanquam 7.l.eum qui 18. §.2.eod.* quod in ſponſo quoque & ſponſa receptum eſt, *l.item apud 15.§.ſponſum 24.eod.*

Filia alicujus, quæ Titio nupta] Hic igitur ex una injuria tribus perſonis actio naſcitur, Titio marito, uxori Titii, & patri uxoris, neque ullius actio per alium conſumitur, *d.l.1.§. ult.*

Vxor injuriarum agere non poteſt] Si viro facta ſit injuria, uxor non agit, *l. 2. eod.* Cujus rei cauſa hæc eſſe videtur; quia uxores virorum, non contra viri uxorum dignitatem participant, *l.8. de ſenat.* quare qui uxoris dignitatem violat, ſimul mariti dignitatem, quæ in ea ineſt, violare intelligitur: non contra: ὅτι ὁ ἀνήρ ἐστι κεφαλὴ τῆς γυναικός. *Paul.ad Epeſ.c.5.v.23.* Plane ſi injuria marito facta directo quoque tendat ad contumeliam uxoris, veluti ſi quis maritum appellet lenonem uxoris ſuæ, hoc caſu etiam uxori actionem competere ſtatuunt interpretes.

Sed & ſocer, &c] Itaque nomine injuriæ factæ filiæfam. nuptæ filiofam. quatuor perſonæ actionem habebunt; illa ipſa, pater ejus, & maritus & ſocer. Per *hunc text.* contra quem ſocero actionem denegat *D. Tulden. c. 9.*

TEXTUS.

De ſervo.

3. *Servis autem ipſis quidem nulla injuria fieri intelligitur, ſed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores; ſed ita quum quid atrocius commiſſum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini reſpicit; veluti ſi quis alienum ſervum atrociter verberaverit; & in hunc caſum actio proponitur. At ſi quis ſervo convitium fecerit, vel pugno eum percuſſerit: nulla in eum actio domino competit.*

COMMENTARIUS.

Duo hic docemur. 1. ſervis, qua ſervis, non intelligi injuriam fieri; adeo contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuiſſe. Proinde ſi ſervo convitium factum ſit, aut pugnus impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, *l. item apud 15.§.itaque 44. hoc tit. 2.* ſi quid atrocius in ſervum admiſſum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini reſpiciat, dominum ſuo nomine injuriarum agere poſſe, quaſi hic non ſervo, ſed ipſi domino injuria illata ſit, *d. l. item apud § ſi quis 35.* Ex quibus efficitur, leviorem injuriam ſervo factam, veluti ſi leviter percuſſus ſit, vel maledictum ei leviter, ad ſugillationem domini factam non videri; alioqui utique domino actio daretur, *d. l.item apud 35. junct. §. 44.* Deinde ne atrociorem quidem vindicari, niſi appareat eam ſervo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficit ſummi juris ratio, quo ſervi pro nullis habentur. Cæterum prætor, ut paſſim, ita hic quoque æquitatem ſecutus, graviorem injuriam, licet ſervo factam, & citra contemplationem domini, inultam non relinquit. Et eſſet ſane perabſurdum, inultum prorſus manere, ſi quid atrocius privato odio & libidine in ſervum ſit deſignatum. Igitur hoc caſu dominus injuriam ſervo factam perſequetur nomine ſervi, *d.l.item apud, §.prætor 34. cum ſeq. & §. prætor 43. cum ſeq.*

TEXTUS.

De ſervo communi.

4. *Si communi ſervo injuria facta ſit, æquum eſt, non pro ea parte, qua dominus quiſque eſt, æſtimationem injuriæ fieri, ſed ex dominorum perſona, qua ipſis fit injuria.*

NOTA.

4. Ex DOMINORUM PERSONA] Per enim abſurdum eſſet duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari, veluti ſi unus ſit ſenator, alter perſona humilis, *§.9.inf.eod.* Nec obſtat *l.16.eod.* vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

Ob injuriam ſervo communi factam ſingulis dominis pro ratione dignitatis ipſorum actio datur.

Cujus rei ſumma æquitas eſt: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere par eſt. Denique ſi ubi major eſt dignitas, ibi major & atrocior injuria infertur, §. *atrox 9. infr. eod.* iniquum eſſet, duabus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari. Quod ſi alterius injuria major eſt, (cum forte is ſenator ſit, alter perſona humilis) majorem quoque pœnam ſtatui oportet. Neque obſtat, quod ex Pedio Paulus refert in *l. ſed non 16. eod.* non eſſe æquum in caſu propoſito pro majori parte condemnationem fieri, quam pro qua quisque dominus eſt; quoniam ibi non quæritur, utrum ex perſona dominorum injuria æſtimanda ſit, an pro portione dominica; ſed utrum id, quod in fine legis præcedentis dictum erat, omnes dominos actionem habere, ſic accipiendum ſit, ut omnes habeant in ſolidum, an pro parte dominica duntaxat; & reſpondetur, actionem quidem omnes habere, ſed non pro majore parte, quam pro qua domini ſunt. Ex quo minime efficitur, in æſtimanda ea portione, perſonam & qualitatem dominorum non ſimul ſpectari: imo verba Pauli contra contrarium arguunt, cum portiones officio judicis æſtimari dicit.

TEXTUS.

De ſervo fructuario.

5. *Quod ſi uſusfructus in ſervo Titii eſt, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.*

COMMENTARIUS.

Si ſervo injuria facta ſit, in quo unus proprietatem, alter uſumfructum habet, magis eſt ut proprietario injuria facta intelligatur, quam ei, qui habet uſumfructum, *d. l. item apud, §. antepen. eod.* Quod enim uſusfructus alienus eſt, id non efficit, quo minus res tota adhuc noſtra eſſe dicatur, *l. recte 25. de verb. ſign.* ſed hoc obtinet in re dubia ſervoque atroci injuria affecto. Nam ſi aperte in contumeliam uſufructuarii verberatus ſit, uſufructuario injuriarum actio datur, *d. l. item apud §. pen. eod.*

TEXTUS.

De eo qui bona fide ſervit.

6. *Sed ſi libero homini, qui tibi bona fide ſervit, injuria facta ſit, nulla tibi actio dabitur, ſed ſuo nomine is experiri poterit, niſi in contumeliam tuam pulſatus ſit. Tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo eſt & in ſervo alieno bona fide tibi ſerviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta eſt.*

COMMENTARIUS.

Si iis, qui nobis bona fide ſerviunt, injuria facta ſit, ſiquidem liberi ſunt, nulla nobis actio competit; ſed ipſi ſuo nomine experiri poſſunt: ſin ſervi alieni, dominus injuriarum agit. Sed & hic ſi in contumeliam noſtram pulſati ſunt, non domino, ſed nobis actio datur, *d. l. item apud, §. antep. & pen. eod.* His conſequens eſt, ut ſi famulo, mercenario, procuratori, vel ſubdito alicujus injuria facta ſit, dominus ex hac injuria non aliter agere poſſit, quam ſi in ejus contumeliam illata ſit, verbi cauſa, mandata ejus exponentibus vel exequentibus. *Gomez. 3. reſol. 6. n. 6. Schneid. hic, n. 2. Tulden. cap. 9.*

TEXTUS.

Pœna injuriarum ex l. XII. Tabb. & ex jure Prætorio.

7. *Pœna autem injuriarum ex lege 12. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant conſtitutæ, quaſi in magna veterum paupertate. Sed poſtea prætores permittebant ipſis, qui injuriam paſſi ſunt, eam æſtimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam paſſus æſtimaverit, vel minoris, prout ei viſum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege 12. tabularum introducta eſt, in deſuetudinem abiit: quam autem prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam ſecundum gradum dignitatis, vitæque honeſtatem, creſcit aut minuitur æſtimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis & in ſervili perſona non immerito ſervatur, ut aliud in ſervo actore, aliud in medii actus homine, aliud in viliſſimo vel compedito jus æſtimationis conſtituatur.*

NOTA.

NOTA.

In desuetudinem abiit] Cujus deſuetudinis cauſa fuit Neratius, homo inſigniter improbus, qui viginti quinque aſſibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmate. Gel. *d. l.*

Commentarius.

1. *Quæ quarum injuriarum pœna ex lege 12. tabb.*
2. *Inſtitutio prætorum quomodo injuriæ vindicentur.*

1 Injuriæ & legibus coërcentur & edicto prætoris. Lex antiqua 12. tabularum de omni injuria nominatim cavit, de carmine ſeu libello famoſo; de membro rupto, de oſſe fracto, deque cæteris injuriis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri oſſisve ruptionem, ut conſtat ex Gellio, *lib. 20. noct. 1.* & Paulo *lib. 5. ſent. 4.* De pœna famoſi libelli dictum ſuperius *§. 1. hoc tit.* Ob membrum ruptum lex pœnam talionis conſtituit: ob os fractum pecuniariam; uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti aſſibus ſanxit: nam atrociores, ut de oſſe fracto impenſiore damno vindicaſſe, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius teſtatur. Cui & Juſtin. conſentit: ſed neuter ſummam exprimit. Putat Hotomannus, hujusmodi injuriam in homine libero trecentis aſſibus; in ſervo centum & quinquaginta vindicatam: alii tot ſeſterrios pœnæ fuiſſe autumant. Sed non eſt quod de eo ſolliciti ſimus; quoniam pœnæ legis duodecim diu exoleverunt, aliaque pœna à prætoribus ſubſtituta eſt, de qua mox videbimus. Cæterum & lex Cornelia, quæ manu fiunt, injurias coërcet, *vid. §. ſeq.*

Talio erat] Talio ſimilem ſeu reciprocam perpeſſionem ſignificat Impp. dixere reciprocam pœnam, *l. 3. C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Moſaicæ conſentaneum eſt. *Exod. 21. Levit. 22. Deut. 19. Ioſeph. antiq. 4. cap. 6.* Inſectatur hanc pœnam, ut iniquam nimisque acerbam & cujus executio ne procedere quidem poſſit, Phavorinus Philoſophus apud *Gell. d. l. 20. cap. 1.* Cui occurrens Sextus Cæcilius ait, neceſſe non fuiſſe, ut reus talionem pateretur, niſi eam ipſe elegiſſet; quippe qui ex lege facultatem paciſcendi habuerit. Sed & talionem ipſam, ſi reus depaciſci nollet, & acerbitatem talionis metueret, ad æſtimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi neceſſario ſolitam: Nam ſi reus, qui depaciſci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, æſtimata lite in pecuniam damnatum; atque ita ſi reo & pactio gravis & acerba talio viſa fuerat, ſeveritatem legis ad pecuniæ multam rediiſſe. Verba legis hæc ſunt: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio eſto.* Teſtibus Gellio *d. l.* & Feſto in verbo *Talio.*

Propter os fractum] Singula oſſa membrum non conſtituunt. Nam verbi gratia caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia oſſa habet. Itaque os frangi etiam ſine membri ruptione poteſt.

Nummaria pœna] Uti & ob cæteras injurias minus atroces: ſed pœna oſſis fracti longe gravior erat, quam reliquarum, quæ tantum viginti quinque æris fuit, ut ſupra demonſtravimus.

In magna veterum paupertate] His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuiſſe valde graves: Cæterum magnas ſatis veteribus viſas in magna rei nummariæ penuria. Unde D. Tuldenus ſe aliquando reſpondiſſe refert, multas, quæ antiquis urbium Belgicæ conſtitutionibus adverſus percutientes aut vulnerantes aliquem diriguntur, hodie non obtinere. Nam apud majores noſtros ut aliarum rerum beatam & facilem copiam, ita nummorum longe quam hodie minorem fuiſſe. De maximo veterum Romanorum ſub Servio Rege cenſu vid. *Halicarnaſſ. lib. 1. Gell. lib. 11. c. 1. Plin. lib. 18. cap. 3.*

Sed poſtea prætores] Injuriarum pœna inſtituto 2 prætorum prius ei, cui facta eſt, deinde arbitrio judicis æſtimanda permittitur: ut ſcilicet is, qui injuria eſt affectus, ita dicat, *Injuriam mihi factam centum aureis æſtimo.* Judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hæc pœna recepta legitima ab uſu receſſit. Q. Labeo apud Gellium *d. l. 20. c. 1.* refert, fuiſſe quendam Lucium Veratium, hominem inſigniter improbum, qui pro delectamento habebat os hominis liberi manus ſuæ palma verberare: eumque ſervulum ſervulum crumenam aſſium plenam portitantem, & quemcunque depalmaverat ei numerari ſtatim ſecundum XII. tabb. 25. aſſes jubebat. Propterea, inquit, prætores hanc pœnam aboleſcere & relinqui cenſuerunt, injuriisque æſtimandis recuperatores ſe daturos edixerunt.

Secundum gradum dignitatis vitæque honeſtatem] Æſtimatio injuriæ pro ratione perſonæ, cui facta eſt, elationem ſubmiſſionemve accipit. Idque in perſona ſervi quoque locum habere tradit hic Juſtinianus. Nimirum injuriam etiam ſervo factam pro honeſtate aut utilitate muneris, cui à domino præpoſitus eſt, aut vitæ morumque, pluris aut minoris æſtimari: majorem enim domino injuriam fieri intelligi in ſervo bonæ frugi, in diſpenſatore, quam in male noto, in mediaſtino, aut quali quali, *l. item apud 15. §. itaq; 44. hoc tit.*

TEX-

TEXTUS.

De lege Cornelia.

8. Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod ſe pulſatum quis verberatumve, vel domum ſuam vi introitam eſſe dicat. Domum autem accipimus, ſive in propria domo quis habitet, ſive in conducta, ſive gratis, ſive hoſpitio receptus ſit.

COMMENTARIUS.

1. *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, ſed non publicum conſtitutum fuiſſe.*

TRes ſunt cauſæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulſatus
1 verberatusve, domusve ejus vi introita ſit, *l. 5. hoc tit.* Nam etſi actio prætoria ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, *l. 7. §. 1. & 2. eod.* quam quæ verbis fiunt, eam tamen non niſi civiliter inſtituere licebat: Ex lege autem Cornelia criminale judicium conſtitutum eſt, quanquam poſtea receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi poſſit, *l. conſtitutionibus 37. §. 1. eod.* Publicum fuiſſe judicium quidam putant, ſed hoc refellit *l. licet 42. §. 1. de procur.* & quod generaliter traditum eſt in *l. 7. C. hoc tit.* cauſam injuriarum non publici judicii, ſed privati querelam continere; ideoque nec inter publica judicia vel in *l. 1. de publ. jud.* vel in *tit. ult. hujus libri* numeratur. Utique ex eo quod in *l. 12. in fin. de accuſ.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur, judicium illud publicum fuiſſe, executionemque injuriæ, tanquam delicti publici, patuiſſe omnibus; quod eſt proprium judiciorum publicorum. Legem hanc tuliſſe videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore remp. conſtituebat bello civili & cædium impunitate ac proſcriptione jactatam.

Pulſatus vel verberatus] Ofilius ſcribit, verberare eſſe cum dolore cædere, pulſare, ſine dolore, *d. l. 5. §. 1. hoc tit.* Latinæ autem linguæ conſuetudinem qui ſpectat, facile obſervabit, differentiam illam non perpetuo ſervari.

Domum autem accipimus] In lege Cornelia domus nomine etiam conducta & precaria & hoſpitalis intelligitur, *d. l. 5. §. 2.* unde hæc deſcripta ſunt. Denique ad domos omnes lex pertinet, in quibus quis non momenti cauſa inhabitat, licet ibi domicilium non habet: tantum enim ad meritoria vel ſtabula non pertinet, *d. l. 5 §. ſi tamen 5. eod.*

TEXTUS.

De æſtimatione atrocis injuriæ.

9. Atrox injuria æſtimatur vel ex facto, veluti ſi quis ab alio vulneratus ſit, vel fuſtibus cæſus; vel ex loco, veluti ſi cui in theatro, vel in foro, vel in conſpectu prætoris injuria facta ſit; vel ex perſona, veluti ſi magiſtratus injuriam paſſus fuerit, vel ſi ſenatori ab humili perſona injuria facta ſit, aut parenti patronove fiat à liberis vel libertis. Aliter enim ſenatoris & parentis patronique, & aliter extranei & humilis perſonæ injuria æſtimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti ſi in oculo quis percuſſus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias, an filiofamilias talis injuria facta ſit: nam & hæc atrox injuria æſtimabitur.

COMMENTARIUS.

1. *Pœna injuriæ, magiſtratui, officiali aut apparitori factæ, quatenus extendatur ex ſententia interpp.*

INjuria quædam levis eſt, quædam atrox. Quæ ſit injuria levis, ex deſcriptione atrocis ſimul intelligetur. Atrocem injuriam accipimus quaſi contumelioſiorem & majorem, *l. 7. §. atrocem 7. hoc tit.* eaque vel ſpecie talis eſt reque ipſa & facto; vel ex circumſtantiis, loco, tempore, perſona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per ſe atrox non ſit, *d. l. 7. §. ult. cum ll. ſeqq.* Atque ex his cauſis injuriæ æſtimatio augeri poteſt, & pœna judicis arbitrio exaſperari. Exemplis res illuſtratur in textu.

Vel ex facto] In æſtimanda atroci injuria primum factum perpenditur, veluti ſi vulnus illatum ſit, ſi quis fuſtibus cæſus, aut cui os percuſſum, *d. l. 7. in fin.* vel ſi veſtimenta ſciſſa, aut inſigne alicui convitium factum, &c. *l. 9. fere per tot. eod.* Itaque pro atroce & illa habenda, quæ ſit malo carmine. *Liban. orat. 2. ad Theod.*

Vel ex loco] Secundo æſtimatur atrocitas injuriæ ex loco, in quo fit, veluti ſi in theatro alicui injuria fiat, quantumvis per ſe non atrox. Nam in tanta celebritate vel qualiquali contumelia aliquem afficere, facinus eſt indigniſſimum. Idem ergo dicendum eſt

de

de foro & ſimilibus locis. *h. text. & d.l. 9. §.1.eod.* & denique ſi injuria facta ſit ludis aut in conſpectu magiſtratus; quæ ad circumſtantiam temporis referuntur in *d. l.7.§. ult. eod.*

Vel ex perſona.] Poſtremo & perſonæ reverentia atrocem injuriam facit; veluti ſi ei inferatur, qui eſt in ſacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta præfert; *l.4.C.hoc tit.* vel ſi liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant; vel de plebe aliquis Senatorem, virumve ob ſapientiam & virtutem venerabilem; aut ſi magiſtratui injuria fiat, *hoc text. & d.l.7. §.ult.* Tertullianus *de anima*: *Gravis injuria in præſidem eſt, cum officia pulſantur: plus cæditur qui jubet, quando nec qui obſequitur excuſantur.* Hanc autem injuriam etiam capitali pœna poſſe compeſci, cenſent Decius in *c.ex literis. x. de conſtit. Menoch. de arbitr. caſ. 263.* Quanquam alii intereſſe putant, utrum magiſtratui, ut cuilibet, an quia utrum: magiſtratui, id eſt, ad turbandam adminiſtrationem officii, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogatæ, aut ad ſeditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in ſeditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus pœna eſt deportatio, *l.3. l.qui dolo 10 per tot. ad d.Iul.de vi publ.* quibus aſſentior. Vide *Tulden.tit.C.de pœn.* Offendens apparitorem ſive principis, ſive ſenatus, ſive alterius domini aut judicis inferioris, graviſſime puniendus eſt, quod ea res ad publicam utilitatem tuendamque magiſtratuum jurisdictionem pertineat. Sed tamen ex cauſa aliter atque aliter ſtatui ſolet, vid. *Ant. Fabr. Cod.ſuo, hoc tit. definit. 6.*

Locus vulneris] Interdum atrox injuria cenſetur ex loco ictus, veluti ſi quis in oculo percuſſus fuerit, *l.8.eod.* Nam oculi, ut Plin. *lib 11.c.37.* ait, ſunt pars corporis pretioſiſſima, qui lucis uſu vitam diſtinguunt à morte, ὀφθαλμῶν στέρησις ἀβίωτον βίον ἐργάζεται. *Baſil.orat.36.* Sed hæc ſpecies ad primam referri poteſt, quæ ſcilicet ipſo facto atrox eſt.

Vtrum patrifa. an filiofam.] Utrum injuria patri an filiofam. facta ſit, ad augendam aut minuendam injuriæ æſtimationem nihil intereſt, *d l.9. §.2.hoc tit.* Cujus rei hæc ratio eſſe videtur, quod patris aut filiifam. nomen non eſt nomen dignitatis.

TEXTUS.

De judicio Civili & Criminali.

10. *In ſumma ſciendum eſt, de omni injuria eum, qui paſſus eſt, poſſe vel criminaliter agere, vel civiliter. Et ſi quidem civiliter agatur æſtimatione facta, ſecundum quod dictum eſt, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet obſervando, quod Zenoniana conſtitutio introduxit, ut viri illuſtres, quique ſuper eos ſunt, & per procuratores poſſint actionem injuriarum criminaliter vel perſequi, vel ſuſcipere, ſecundum ejus tenorem qui ex ipſa manifeſtius apparet.*

COMMENTARIUS.

1. *Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem eſſe, non criminalem.*
2. *In actione criminali pœnam extra ordinem conſtitui. Civili electa hanc conſumi, & contra.*
3. *Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat. Vbi quadam conſuetudine recepta.*

Quemadmodum de furto, aliiſque maleficiis, non tantum civiliter agi poteſt, ſed etiam criminaliter; *l. ult. de furt. l.ult. de priv. del.* ita etiam de quavis injuria, *hoc text. & l.ult. eod.* In actione civili poſtulat actor, ut reus in tantam ſummam condemnetur, quanta ipſe injuriam æſtimat. Cæterum judex eam æſtimationem moderari poteſt, ſi forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, ſed, ut plerumque fit, ex nimio amore & opinione ſui, nebulam hic etiam objiciente iracundia, *§. pœna 7.ſupr. eod.* Hæc autem pœna uti pecuniaria eſt, ita ipſi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio oppoſita criminali civilis dicitur, quamvis prætoria ſit ratione cauſæ efficientis. Por- 1
ro quoniam opinione vulgi convitiis, maledictis atque exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrii reſtitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam ſeu recantationem, quæ cum actione injuriarum, qua multa pecuniaria petitur, nunc ex more ſeu ſtylo conjungi & cumulari ſolet: Nam jure civili Romanorum ea actio incognita eſt. *Vir clariſſimus Anton. Matt.ff.ad hunc tit. cap.3.num.7.* Criminalem hanc eſſe actionem contendit. *Marant. part.4. diſt.1.nu.10.* Sed falſo. Neque enim in hoc inſtituitur, ut vel corpori pœna infligatur, vel quicquam applicetur fiſco: ſed tantum, ut honori & exiſtimationi ejus, qui læſus eſt, conſulatur, & alioqui cumulatio iſta non admitteret. *Mynſ.2.obſ.98. Gail. 1.obſ.65 Wurmſ. 1. pract. tit. 47. obſ. 8.* Criminali actione poſcitur 2

vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex cauſa & perſona arbitrio judicis pœna conſtituitur, reusque coërcetur vel in corpus, vel irrogatione mulctæ non parti, ut fit in judicio civili, ſed fiſco applicandæ, *hoc text. d. l. ult. eod.* Utrum autem ex his perſecutionibus auctor elegerit, una alteram conſumit: Quia utraque ad eundem finem, id eſt, ad vindictam comparata eſt, *l. 6. l. 7. §. 1. eod. l. unic. C. quand. civ. act. crim. & ibi Bart. num. 2. Gail. d. obſ. nu. 1. Marant. d. diſtinct. n. 5. Matth. d. loc. n. 8.* Sed & utroque judicio condemnatum ſequitur infamia, *l. 7. in pr. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf. l. non damnatos 18. Cod.*
3 *eod.* Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, ſi curet, ut per procuratorem defendatur, *l. 6. §. 2. d. tit fac ratio in l 1. C. de ſent. & intell.* Addunt vulgo interpretes, ſi ante ſententiam definitivam aut utique ante litem conteſtatam æſtimationem injuriæ ſolverit, aut actore nolente recipere, apud acta depoſuerit, *arg. l. ſi reus 73. de procur. Gail. 2. obſ. 102. num. 12. & obſ. ſeq. per tot Wurmſer. d tit. 47. obſ. 5. n. 7. Weſemb. parat. de his qui not. infam. n. 9. Chriſtin. vol. 4. dec. 202. num. 26.* Quod neſcio an juri noſtro conſentaneum ſit. Nam textus in *d. l. ſi reus, de procur.* commode accipi poteſt de iis, qui tantum damnati infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in cauſa injuriarum, cum etiam plus ſit ſolvere, quam paciſci, *arg. l. 4. §. ult. cum lege ſeq. junct. l 7. de his qui not. inf.* Illud quoque non ex ratione juris, ſed conſuetudine receptum eſt, ut judex ex cauſa ſententia ſua honorem condemnato conſervare poſſit. *Gail. 1. obſ 65. n. 6. Weſemb. conſ. 22. num. 26. Marq Freher. de exiſtim. lib. 3. cap. 8. & ſeq. Chriſtin. vol. 4 n. 20. deciſ. 202.* Equidem non ignoro, juris eſſe, ut gravior pœna ultra legem impoſita exiſtimationem conſervet, quaſi ſententia de exiſtimatione transactum ſit, *l. quid ergo 13. § pen. de his qui not. infam. l. 4. C. eod.* Cæterum ſi ſententia pœnam ordinariam non excedat, valet legis auctoritas, *l. 1. §. quoniam 4. ad SC. Turpill.* & regula tradita in *l. non poterit 63. de furt. Zaſ. in l. acta 45. §. de amplianda, de re judic. Donell. 18. comm. 8.*

Viri illuſtres & per procuratores] Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriarum & per ſe & per procuratorem poteſt, *l. non ſolum 11. §. 2 hoc tit.* criminaliter non poteſt, niſi per ſe propter inſcriptionem in crimen. Cæterum Zeno conſtitutione ſua illuſtribus veluti conſulibus & patriciis, & ſuperilluſtribus perſonis, ſpecialiter permiſit, ut injuriarum judicium per procuratorem etiam criminaliter vel ſuſcipere vel movere poſſint. *l. ult. C. hoc tit.* De conſuetudine autem Belgii in cauſa injuriarum procuratores indifferenter admitti teſtatur *Chriſtin. vol. 4. deciſ. 202, nu. 7. Buſ. in l. licet 42. §. 1. de procur.*

TEXTUS.

Qui tenentur injuriarum.

11. Non ſolum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id eſt, qui percuſſit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit ut cui mala pugno procuteretur.

COMMENTARIUS.

Actio injuriarum non ſolum adverſus eum datur, qui re ipſa injuriam fecit, verum adverſus eum quoque, qui ſubornavit aliquem, ut faceret, *l. non ſolum 11. pr. hoc tit.*, puta, mandando, inſtigando, conſilium dando, *d. l. 11. §. 3. add. quæ notamus ad §. illud 7. ſuper. de mand.*

TEXTUS.

Quomodo tollitur hæc actio.

12. Hæc actio diſſimulatione aboletur, & ideo ſi quis injuriam dereliquerit, hoc eſt, ſtatim paſſus ad animum ſuum non revocaverit, poſtea ex pœnitentia remiſſam injuriam non poterit recolere.

COMMENTARIUS.

1. *Remiſſa injuria adhuc peti poſſe impenſas, &c.*
2. *Cur diſſimulatione injuria aboleatur.*
3. *An idem obtineat & in reali injuria.*
4. *Plures ſpecies tacitæ remiſſionis inter eas non eſſe communionem cœnæ dominicæ.*
5. *Annus in actione injuriarum utiliſne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat.*
6. *Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam eſſe.*

Injuriarum actio tollitur remiſſione injuriæ. Eaque vel expreſſa, puta ſi quis cum adverſario paciſcatur de lite, aut tranſigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiſcuntur, facere licet etiam abſque infamiæ nota, *l. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipſo etiam jure hæc actio tollitur, *l. ſi tibi 17. § 1. l. ſi unus 27. §. 2. de pact. l ſed ſi 17. §. ſi ante. 6. hoc tit.* Quin & 1
abſente atque ignorante adverſario injuriam remitti poſſe cenſent juris noſtri interpretes. Cæterum remiſſa injuria, nihilominus peti poſſunt impenſæ cura-

rationis & pretium intermiſſarum operarum, ſi forte vulnus illatum membrum aut os fractum. Quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, *l. item apud 15. §. ſi quis 46. eod. Clar. lib. 5. § fin. q. 58. n. 38. Covar. 2. reſ. 10. n. 7. Com. 3. reſ. 3. n. 37* Vel tacita, veluti ſi quis ſine ullo offenſæ aut commoti alienative animi indicio injuriam excepit, ut hic docet Juſtinianus ex Ulpiano in *d. l. 11. §. 1. hoc tit.* Ubi Juriſconſultus ait, injuriarum actionem ex bono & æquo eſſe, & diſſimulatione aboleri, ſi quis injuriam illatam ſtatim ad animum non revocaverit. Quibus verbis ſignificat, diſſimulationem eſſe ſpeciem quandam condonationis & remiſſionis injuriæ; iniquum autem eſſe repeti, quod ſemel remiſſum eſt. Et profecto cum actio injuriarum non perſequatur damnum aliquod pecuniarium, ſed tantum ad vindictam tendat, is qui diſſimulat nec ad animum injuriam revocat, eam inſuper habere videtur, & tacite condonare ac remittere: atque hinc eſt, quod clauſula hæc libello inſeri ſolet, quod actor injuriam ſibi factam ad animum revocaverit. Hoc autem obtinere quidam volunt in injuria verbali duntaxat. In reali vero, puta ſi vulnus inflictum, ſi quis fuſtibus cæſus, conjecturam illam non ſufficere. *Tulden. hic cap. ult* Diſſimulationis quoque & tacitæ remiſſionis ſpecies quædam videtur, ſi quis cum eo, à quo injuria affectus eſt, familiariter poſtea fuerit converſatus. *Clar. §. injuria n. 10. Damhoud. prax. crim. c. 136. n. 10.* Utique ſi ſponte & motu proprio. Nam verbi cauſa, ſi ad commune convivium vocatus cum adverſario venerit, non ideo cenſetur remiſſa injuriarum actio. Sicut nec communione cœnæ dominicæ, uti definivit Curia Friſiæ, teſte *D. Ioan. à Sande lib. 5. tit. 8. defin. 12. Ant. Matth. ff. ad hoc tit. n. 15.* quem vide καὶ ᾧ. Item ſi injuriam paſſus lite non inſtituta deceſſerit: nam ideo hæredi ejus non datur, cum cæteræ actiones pœnales etiam hæredibus competant, *l. injuriarum 13. in pr. hoc tit. §. 1. infr. de perp. & temp. act.* & denique ſi tempus inſtituendæ huic actioni præfinitum elabi paſſus ſit, annum nimirum unum, *l. ſed ſi 17. §. ſi ante. 6. in fin. hoc tit. l. 5. C. eod.* Utrum autem hic annus continuus ſit, an utilis, ambigitur. Continuum intelligi debere communis DD. ſchola exiſtimat, *Clar. d. § injuria n. 9. Mynſ. 5. obſ. 7.* quæ ſententia etſi uſu forenſi recepta eſt, de jure tamen verior videtur eorum, qui utilem accipiunt, per text. in *l. item ſi 14. § in cauſa 2. quod met. ca.* & facit quod in cæteris prætoriis annalibus annus utilis intelligitur, ut conſtat ex edictis, quibus proponitur. Dicitur autem tempus utile tum ratione decurſus, ut in eo non computentur dies, quibus experiundi aut judicis adeundi poteſtas non eſt; *l. 1. in fin. de diverſ. & temp. præſcr. l. 3. §. ult. de accuſ.* tum ratione initii, quod non incipiat currere ignoranti aut experiri impedito, *d. l. 1. de div. & temp. præſc. l. 2. quis ord. in bon. poſſ.* atque hoc ſaltem reſpectu utilem hic annum accipiendum, qui à die ſcientiæ demum currat: contra *Oldend. claſſ. 7. act. 10. Schneid. ad §. ſed & 8. hoc tit.* & alios quoſdam recte docent *Gail. 2. obſ. 105. Mynſ. 5. obſ 7. n. 7. Fachin 9. cont. 8. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 202. n. 8. 9. & 10.* Plane, quod 6 dicimus, actionem injuriarum anni ſpatio finiri, id tantum pertinet ad actionem prætoriam: nam eam, quæ ex lege Cornelia injuriarum competit, verius eſt, perpetuam eſſe, uti ſunt & cæteræ, quæ ex legibus & jure civili deſcendunt, *infr. de perp. & temp. actio. in pr. Clar d. § injuria. n. 9. Marant. part. 4. diſtinct. 1. n. 59. Fachin. 9. controv. 7.* quod etiam rerum judicatarum auctoritate confirmatur. *Mynſ 1. obſerv. 7. Gail 2 obſerv. 105 Wurmſer. titul. 47. de injur. obſerv. 1. deciſ. Cur. Holl 13. D. Ioan. à Sande lib. 5. tit. 8. defin. 3.* Non obſtat huic ſententiæ *l. 5 C. hoc tit.* Nam illa non de omni injuria loquitur, ſed de verbali duntaxat: quo nomine conſtat ex lege Cornelia injuriarum agi non poſſe.

TITULUS V.

D. lib. 9. t. 3. C. lib. 47. tit. 5.

De obligationibus, quæ quaſi ex delicto naſcuntur.

Continuatio. Quid ſit quaſi maleficium & unde ita dictum.

Quarta & ultima obligationis cauſa eſt quaſi maleficium: de quo exponendi hic ſolus locus ſupereſt. Quaſi maleficium eſt omne factum, quo quis proprie quidem dici non poteſt deliquiſſe, ſed tamen maleficio eſt proximum. Etenim ut quædam ſint negotia, quæ licet revera contractus non ſint, tamen ad fines contractuum proxime accedunt, & ideo quaſi contractus nominantur; ita quædam etiam ſunt facta, quæ quamvis proprie in ſpeciem aliquam delicti non cadant, tamen ſimilitudine quadam ad delicta propius accedunt, quam ad contractus; quæ ideo noſtri quaſi maleficia & quaſi delicta appellaverunt: quorum quatuor ſpecies hoc tit. proponuntur & explicantur.

TEXTUS.

Si judex litem ſuam fecerit.

Si judex litem ſuam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: ſed

quia

quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus eſt: & utique peccaſſe aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quaſi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam ſuſtinebit.

COMMENTARIUS.

1. *Cur judex per imperitiam male judicans non æque ex delicto obligetur, ac medicus male curans: & circa hoc mores hodierni.*
2. *Cui, adverſus quem, qua de re, ex hac cauſa actio detur.*
3. *Dolus judicis quomodo puniatur.*

SPecies quaſi maleficii, & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur, eſt, ſi judex male per imprudentiam judicaverit: quo etiam hoc factum refert Cajus, *l. 5. §. ſi judex. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn.* unde ad verbum hic locus deſcriptus eſt. Ajo, per imprudentiam; nam dolo malo interveniente verum id delictum eſt. Dices, & per imprudentiam ſive imperitiam aliquem lædere verum eſſe delictum; quippe cum ſit culpa: ideo enim medicum male per imperitiam ſecantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, *§. imperitia 7. ſupr. de leg. Aquil.*
1 Cur igitur non item dicimus judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obſtringi, ſed tantum quaſi ex delicto? Nimirum quia medici periculoſam imperitiam delicto ſubjicit temeraria profeſſio ſcientiæ: Judex autem non profeſſione jurisprudentiæ cenſetur, ſed publica auctoritate conſtituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per ſe culpa non eſt: ſed in eo, qui peritiam alicujus rei profitetur, in ea re culpæ adſcribitur, *l. 9. §. penult. l. item quæritur. 13. §. ſi gemma. 5 locat.* Denique caſus hic ſeparatus eſt à lege Aquilia, qua damnum corpori datum duntaxat coercetur, *§. ult. ſupr. de leg. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata medicorum in judicium vocari ſolent, ut alibi quoque notavimus; neque judex ex ſententia ſine dolo malo tantum per imperitiam prolata tenetur: ſed iniquitati ſententiæ occurrendum eſt remedio appellationis: teſtis *D. Tulden. hic cap. 1. & Ioſeph. Ludovic dec 1. n. 50. Baro comment. part. alt. Bugnon. lib. 1. de leg. abr. Satyr. 2. & 124. add. Pa on. lib. 16. tit. 2. areſt. 12. 13. 14.*

Litem ſuam fecerit]. Litem ſuam facere judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis ſe obſtringit, cauſamque ejus, ſecundum quam pronuntiatum eſt, ſuſcipere cogitur, & quaſi ſuam defendere. In ſumma, quia ex judice fit reus. Cicero 2. *de orat. Quid, ſi cum pro altero dicas, litem tuam facias? &c.*

Licet per imprudentiam] Judex male judicando litem ſuam facit, non tantum cum dolo malo inique decernit, ſed etiam cum imprudenter; ſed illo caſu ex vero, hoc ex quaſi delicto obligatur, *d. l. 5. §. ſi judex. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfam. 15. § 1. de judic.*

Æquum religioni judicantis] Judex, qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quaſi ex maleficio actione in factum, & in id, quod ob eam rem æquum judici videbitur, condemnatur ſalva exiſtimatione, *d. l. ult. de extr. cogn.* Hæc actio iis conſtituta eſt, qui ea ſententia læſi ſunt; proinde actori ſi reus injuſte abſolutus eſt; reo, ſi injuria eſt condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata eſt damni ſarcienda cauſa: aliis autem ſarciri non poteſt, quam quibus datum eſt. Ei, qui remedio appellationis utitur, quod hodie in caſu propoſito neceſſarium eſt, non eſt æquum adverſus judicem, à quo appellavit, hanc actionem dari. Dolus judicis ut verum & infame delictum ſeverius vindicatur: nam qui τὴν χεῖρα μιαίνει δώροις, largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam ſententiam dixiſſe arguitur, & famæ diſpendium patitur, & veram litis æſtimationem ei, quem læſit, præſtare cogitur, *l. filiusfam. 15. § 1. de judic. l. ultim. C. de pœn. jud. qui mal. jud.* Acceptio pecuniæ etiam reum legis Juliæ repetundarum facit, *l. 3. & 4 de leg. Iul. rep.*

TEXTUS.

De dejectis, vel effuſis, & poſitis aut ſuſpenſis.

1. Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipſius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effuſumve aliquid eſt, ita ut alicui noceret, quaſi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut ſervi aut liberi. Cui ſimilis eſt is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri ſolet, id poſitum aut ſuſpenſum habet, quod poteſt, ſi ceciderit, alicui nocere. Quo caſu pœna decem aureorum conſtituta eſt. De eo vero quod dejectum effuſumve eſt, dupli, quantum damni

damni, datum ſit, conſtituta eſt actio. Ob hominem vero liberum occiſum, quinquaginta aureorum pœna conſtituitur. Si vero vivat, nocitumque ei eſſe dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Iudex enim computare debet mercedes medicis præſtitas, cæteraq; impendia, quæ in curatione facta ſunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus eſt, ob id quod inutilis eſt factus.

NOTÆ.

OB ALTERIUS CULPAM] Habitator ſuam ſuorumque culpam præſtare debet, *l. pen. d. tit.*

POENA DECEM AUREORUM] Adverſus eum qui poſuit aut poſitum patitur, actio in factum in decem aureos datur, *d. l. 5. §. 6.* quæ actio popularis eſt, id eſt, cuivis è populo conceditur, *d. l. 5. §. ultim.*

JUDEX COMPUTARE DEBET MERCEDES] Cicatricum autem & deformitatis nulla fit æſtimatio, *d. l. 1. pr. §. 6. l. 5. §. 5. l. ult. eod. tit.*

COMMENTARIUS.

SEcunda ſpecies quaſi maleficii eſt, non præcavere ne quid à domeſticis temere ex cœnaculo aut ædibus dejiciatur aut effundatur, quod tranſeuntibus nocere poſſit, *l. 5. §. is quoque pen. de obl. & act.* Unde ſi quid dejectum effuſumve alicui nocuit, conſtituta eſt à prætore actio adverſus eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is caſus prodiit, *l. 1. & paſſ. de his qui dej. vel. effud.*

Vel proprio ipſius vel conducto] Utrum cœnaculum proprium, aut conductum, aut gratuito conceſſum ſit, nihil intereſt. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid dejiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in ſuo, vel in conducto vel gratuito. Hoſpes plane non tenebitur; quia non ibi habitat, ſed tantiſper hoſpitatur: ſed is tenetur, qui hoſpitium dederit. Multum autem intereſt inter habitantem & hoſpitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum eſt, in quemvis hæc actio in ſolidum dabitur. Sed ſi cum uno actum fuerit, cæteri liberabuntur, *d. l. 1. §. pen. & ultim. l. 2. 3. & 4. de his qui dej. vel eff.* Si de navi dejectum ſit, dabitur utilis actio in eum, qui navi præpoſitus eſt, *l. pen. §. ult. eod.*

Dejectum effuſumve] In eum ſcilicet locum, quo vulgo iter ſit, vel in quo conſiſtitur. Quod merito prætor edixit. Quippe cum publice interſit, ſine metu & periculo per itinera commeari. Ad ſecreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil intereſt, utrum publicus locus ſit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, *d. l. 1. in pr. §. 1. & 2.*

Ideo non proprie ex maleficio] Cujus ex ædibus quid dejectum eſt, quod alicui nocuit, is proprie dici non poteſt ex maleficio obligatus: quia plerumque ob factum & culpam alterius tenetur. Sed tamen quoniam non creditur proſpexiſſe & caviſſe quod proſpicere & cavere debebat, ne quid à domeſticis, quorum etiam culpam præſtare debet, *l. penult. §. 2. eod. tit.* dejicitur, peccaſſe aliquid intelligitur, & ideo quaſi ex maleficio tenetur.

Poſitum aut ſuſpenſum] Tertia ſpecies quaſi maleficii eſt, eo loco per quem vulgo iter fit, aliquid poſitum aut ſuſpenſum habere, cujus caſus prætereuntibus aut in eo loco conſiſtentibus nocere poſſit, *l. 5. §. is quoq; 5. de oblig. & act.* Et adverſus eum, qui poſuit, aut poſitum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, *l. 5. §. prætor ait 6. cum ſeqq. de his qui dejec. vel effud.* Quæ actio popularis eſt, id eſt, cuivis è populo conceditur, *d. l. 5. §. ult.* Nam privata eſſe non poteſt, quoniam competit, cum nondum cuiquam nocitum eſt.

De eo, quod dejectum, dupli] De dejecto aut effuſo ita ut alicui noceret, conſtituta eſt ei, cui nocitum eſt, actio in duplum damni dati. *1. in pr. d. tit.* Hæc igitur actio gravior eſt, quam civilis ex lege Aquilia, quæ non niſi adverſus inficiantem in duplum datur, *§. ſed furti 26 in fin. de act.* nimirum prætor ſecuritati viarum & locorum publicorum ſic melius proſpectum iri exiſtimavit. Datur adverſus habitantem ut ſupra dictum eſt: cui rurſus conſulitur actione in factum adverſus dejectorem, *l. 5. §. cum autem 4. de his qui dej.*

Ob hominem liberum occiſum 50. aureorum] Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum judicium 50 aureorum datur. *l. in pr. d. tit.* Damni æſtimatio hic non fit in duplum; quia in homine libero nulla corporis æſtimatio fieri poteſt, *d. l. 1. §. ſed cum 5. eod.* eaque de cauſa actio ex parte edicti popularis quoque eſt, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l. 5. §. hoc autem 5. eod. junct. l. 12 de verb. ſign.*

Si vivat nocitumque ei eſſe dicatur] Hæc verba edicti, *ſi vivat nocitumque ei eſſe dicatur*, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta ſunt, ſi forte veſtimenta ejus, vel quid aliud ſciſſum ruptumve eſt: ſed ad ea, quæ in corpus ejus admittuntur, *d. l. 1. §. hac autem 7.* puta ſi vulneratus ſit aut membro aliquo mutilatus: quo caſu quantum æquum judici videbitur actio datur, *d. l. in pr.* quæ

læſo perpetua eſt, aliis experiri volentibus annua, *d.l.5.§ hæc autem 5.* In litis æſtimatione computantur ſumptus eurationis & operarum amiſſo: nam cum hujus damni cauſam dejector attulerit, æquum eſt, ut id quoque in rationem inducatur, *l. ult. d. tit.* Pœna dupli, & 60. aureorum, ob hominem liberum occiſum exolevit: vid. *Grænevv. de legib. abrog.* hic, & ibi citatos: & adde, quæ notamus, *ſup. ad pr. n. 2. & §. his autem 9. item ad §. capite tertio n. 2. de leg. Aquil.*

TEXTUS.

De filiofam. ſeorſim habitante à patre.

2. *Si filiusfamilias ſeorſum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effuſumve fuerit, ſive quid poſitum ſuſpenſumve habuerit, cujus caſus periculoſus eſt, Iuliano placuit, in patrem nullam eſſe actionem, ſed cum ipſo filio agendum eſſe. Quod & in filiofamilias judice obſervandum eſt, qui litem ſuam fecerit.*

NOTA.

2. In patrem nullam esse actionem] Neque de peculio, neque noxalem, *l. 5. §. pen. in fin. de oblig. & act.* De peculio ideo non datur; quia hîc non ex contractu, aut quaſi ex contractu, ſed quaſi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 58. de reg. jur.* Noxaliter autem cum patre nunquam agitur, *§. ult. inf. de nox. act.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in propoſito in patrem de peculio actio non detur, & n. 2.*

SI ex filiifa. ſeorſum à patre habitantis cœnaculo quid dejectum effuſumve fuerit, ſive is poſitum ſuſpenſumve quid habuerit, cujus caſus nocere poſſit non in patrem, ſed in ipſum filium judicium datur; *l. 5. §. is quoque penult. de obligat. & action.* In patrem de peculio ideo non datur, quia in ſpecie propoſita non ex contractu aut quaſi ex contractu, ſed quaſi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. ſi filiusfa. 7. de his qui dejec.* neque enim vel ob maleficium vel ob quaſi maleficium filiifa. ullo modo cum patre agi poteſt, non actione noxali, *§. ult. infr. de noxal. act.* non de peculio, *l. in pœnalibus 58. de R. I.* Quippe pater filio peculium concedens præſumitur quidem velle ex facto filii pro modo peculii obligari: cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Plane, ſi judicio cum filio actum ſit, iſque in certam ſummam condemnatus, jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri poteſt etiam ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non poterat, *l. 3. §. idem ſcribit 11. de pec.*

Quod & in filiofa. judice] Filiusfa. judex ſi litem ſuam fecerit, non pater: ſed ipſe actione in factum tenebitur, *l. filiusfa. 15. de judic.* Cujus rei eadem ratio, quam ſuperius dicebamus: quoniam actio de peculio tum demum in patrem datur, cum filius ex contractu obligatus eſt: hic autem quaſi ex delicto tenetur, ubi ſcilicet temere & imprudenter pronuntiavit. Quod ſi dolo malo, multo minus tenebitur pater, quia verum hoc delictum eſt. Quod autem Ulpianus ſcribit, in *d. l. filiusfa.* qui litem ſuam fecit, in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ nunc in peculio fuit, cúm ſententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Conſuli tamen poterunt. *Accurſ. ad d. l. Cujac. 13. obſ. 18. Ant. Fab. in rationalib.*

TEXTUS.

De damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut ſtabulo factum.

3. *Item exercitor navis, aut cauponæ, aut ſtabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut ſtabulo factum erit, quaſi ex maleficio teneri videtur: ſi modo ipſius nullum eſt maleficium, ſed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut ſtabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu ſit adverſus eum conſtituta hic actio, & aliquatenus culpæ reus eſt, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quaſi ex maleficio teneri videtur. In his autem caſibus in factum actio competit; quæ hæredi quidem datur, adverſus hæredem autem non competit.*

NOTÆ.

3. Item exercitor navis] Ex Cajo *l. 6. §. ult. de obl. & act.* Pertinet huc pars altera edicti nau-

nautæ, caupones, ſtabularii, &c. cujus initium *l. pen.* §. *ult.* ...

De dolo] *d. l. 5. §. ult.* Cujac. & Hotom. *de damno*, auctoritatem Flor. codicis ſecuti, & ſententiam.

Caupona aut stabulo] Apparet ſtabulum hîc non accipi pro caupona aut diverſorio, ut alias ſæpe; ſed pro loco, ubi jumenta ſtabulantur, *l. 5. naut. caup. ſtabul.* pro ταμιεῖα κτηνῶν.

Commentarius.

De damno & furto, quod in navi, caupona, ſtabulo factum eſt, duæ actiones edicto prætoris conſtitutæ ſunt adverſus eos, qui navem, cauponam, ſtabulum exercent; quarum una eſt ex contractu, altera quaſi ex maleficio. Prior eſt de iis, quæ nautæ, caupones, ſtabularii à vectoribus aut hoſpitibus invecta aut illata ſalva fore receperunt. Conſtituta eſt in id, quanti ea res eſt, quæ ſalva non reſtituitur, *l. 1. naut. caup. ſtab.* Ex eadem cauſa eſt & actio civilis ex locato aut conducto aut depoſiti: nec tamen ideo otioſa eſt actio honoraria: quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum eſt aut res periit ſine culpa ejus qui recepit, modo ne fato aut vi majore, *l. 3. §. 1. dict. tit.* quo loco & *d. l. 1. §. 1.* etiam ratio redditur, cur hic actio gravior, quam in cæteris conſtituta ſit; nempe ut innoteſceret prætorem curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cum ex contractu deſcendat, huc non pertinet: ad eam referendæ ſunt interpretationes veterum ſub *d. tit naut. caup. ſtab.* uſque ad *l. pen. §. ult.* Altera actio eſt ex quaſi maleficio, ſi damnum aut furtum factum ſit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, ſtabularii utuntur, *l. 5. § ult. de obl. & act. d. l. pen. §. ult. naut. caup. ſtab.* quæ huc pertinet. Conſtituta eſt adverſus eaſdem perſonas & de iis ſimiliter, quæ in navem, cauponam, ſtabulum illata ſunt. Ex quaſi maleficio ideo eſſe, dicitur, quia ſpecies culpæ habetur, malorum hominum uti miniſterio, *d. l. §. ultim. de oblig. & action. & hoc text.* Quare ſi quid eorum factum ſit à vectoribus aut viatoribus quorum opera exercitor non utitur hæc ex quaſi delicto actio locum non habet, *d. l. ult. § 2. naut. caup ſtab.* Sed prior illa ex contractu, *l. 1. §. ultim. l. 2. l. 3. in pr eod.* pœnalis eſt in duplum, *l. ult. §. 1.* quia prætor utilitatem hic etiam publicam ſpectavit, dum proſpicit ſecuritati iter facientium. Cæterum pœna hæc dupli exolevit, ut & cæteræ ſimiles.

Caupona aut ſtabulo] Stabulum pro diverſorio ſeu caupona aut πανδοχεῖῳ vel καταλύματι ſæpe accipi ſatis notum eſt. In hoc autem edicto, ubi prætor ſtabularios à cauponibus diſtinguit, ſignificat locum, ubi jumenta ſtabulantur, *l. 5. ff. de titul.* ταμιεῖων κτηνῶν, ἱπποστάσιον, σταθμὸν, cujuſmodi ſtabula fere cauponis adjuncta ſunt, & utraque ab uno exercentur.

In his caſibus in factum actio] Hoc etiam ad caſus præcedentes pertinet: nam quaſi maleficia omnia ſubſidiariis in factum actionibus vindicantur.

Hæredi quidem datur] *d. l. ult. §. 1. & ult. naut. caupon. ſtabul.* commune autem hoc eſt omnium actionum pœnalium, quod hæredibus quidem dentur, ſed adverſus hæredes non competant: neque enim æquum eſſet hæredem ex delicto defuncti pœnam ſuſtinere, vid. *infr. §. 1. de perp. & temp. action.*

TITULUS VI.

D. lib. 44. tit. 7. C. lib. 4. tit. 10.

De actionibus.

Textus.

Supereſt, ut de actionibus loquamur.

Commentarius.

1. *Ratio ordinis & continuationis.*
2. *Error veterum interpp. notatus.*
3. *Actio ut conſideranda, quatenus tertium juris objectum conſtituit.*
4. *Ex quo jure actiones proficiſcantur, accurata diſſertatio.*
5. *Actionis nomen quam late pateat.*
6. *Quot modis uſurpetur à noſtris: & quæ ſignificatio huc pertineat.*

Supereſt] Tranſitio hæc imperfecta eſt, carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error interpretum, qui crediderunt, Imperatorem reſpicere ad tractationem proxime præcedentem de obligationibus. Quod non ita eſt. Potuiſſet ſane Tribonianus perfecta tranſitione uti, ut fecit initio lib. 2. & hujus item quarti: atque hic locus id vel maxime deſiderabat propter longam, quæ interceſſit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis ſequentis non uſque adeo obſcura eſt, quin facile ab homine non nimis luſcitioſo pervideri queat. Et nimirum reſpicit Imperator tum ad partitionem propoſitam in calce tituli *de jur. nat. gent. & civ.* qui ſecundus eſt libri primi hujus operis, quo loco totius juris noſtri tractationem ad tria capita, quæ totidem ſunt objecta hujus diſciplinæ, revocavit, quorumque primum ad perſonas pertinere dixit alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad tranſitionem, quam facit in ingreſſu 1 libri

libri ſecundi. Nempe quo ordine partes iſtas ſummas propoſuit, eodem, quod ratio methodi exigit, deinceps ſingulas explicare inſtituit. Igitur cum primus locus in iſta partitione, & merito quidem, tributus eſſet perſonis, etiam primo loco, hoc eſt, reliqua parte libri primi de perſonis diſputatum eſt, hoc eſt, de eo jure, quo quisque in civitate pro ſtatu ac conditione perſonæ ſuæ cenſetur. De rebus, hoc eſt, quod cujusque in rebus externis proprium eſt, aut ei debetur, ſive de dominio cæteroque jure in rem, & de obligationibus, quas & ipſas ad eandem illam partem pertinere probavimus in explicatione *titul. de obligat.* tractatum libro ſecundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti, usque ad præſentem locum; quibus locis ſimul nobis explicati ſunt modi ac rationes rerum atque obligationum, tum acquirendarum, tum admittendarum. Expoſitis ergo ex tribus membris propoſitis prioribus duobus, ſupereſt adhuc tertium & poſtremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hic jam ſuſcipitur. Hinc vero
2 perſpicuum eſt, errare, quod diximus, interpretes veteres & cum iis Mynſing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri exiſtimant *lib. praeced. tit. de obligat.* Atque hoc loco eandem continuari; quaſi illic de cauſa actionum tractetur, quæ ſit obligatio; hic de effectu obligationis, quæ ſit actio; illic de matre, ut loquuntur, hic de filia. Nam nec obligatio cauſa eſt omnium actionum, ſed earum duntaxat, quæ in perſona ſunt; & ut eſſet, tamen ratio obtinendi ejus, quod nobis debetur, à vinculo, quo ſe debitor adſtringit, argumento & materia ſeparata eſt. Etenim quod omnino notandum eſt, actio in propoſita diſputatione non tam conſideratur, quatenus cujusque eſt, dependens ex jure quæſito; qua conſideratione
3 cum rerum noſtrarum pars ſit, & in bonis noſtris computetur, *l. bonorum 49. de verbor. ſign.* ad idem plane objectum referri debet, quo referuntur dominium & obligatio: quam quatenus eſt via ſive medium, per quod ad id, quod noſtrum eſt, aut nobis debitum, ſi ultro non præſtetur, pervenitur & aufertur invitis; uno verbo, quatenus conſideratur ut inſtituenda exercendaque in judicio, ut recte Timæus Fab.
4 *diſp. de action. theſ. 1.* Vix interpretem inveneris, quin hic in veſtibulo quæſitus ſit, ex quo jure actiones proficiſcantur, ex jure ne gentium, an ex jure civili, id eſt, utrum cauſa actionum remota jus gentium ſit, an jus civile. Quæſtio minime obſcura: Sed nimirum nihil tam clarum atque perſpicuum eſt, quod ſemper & ab omnibus videatur. Certum eſt, leges, magiſtratus, eorumque imperia juris gentium eſſe: quippe ſine quibus nulla unquam gens, aut vixit, aut vivere potuit: adeoque ipſa naturalis ratio omnes docet, ſine publica auctoritate nullam hominum ſocietatem conſiſtere poſſe. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars eſt in perſecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Adhæc inter omnes conſtat, dominia rerum atque obligationes, quæ cauſæ ſunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere: trahunt ergo & actiones ſive judicia, id eſt, ea remedia & rationes, quibus, quod vel dominii noſtri ſit, ſi id ſponte is, qui poſſidet, non reſtituat; vel quod in obligationem à nobis deductum, ſi id debitor non præſtet, obtinere liceat. Nam certe fruſtra ſis, ſi id voluntari permittatur & arbitrio poſſeſſoris aut debitoris; aut, quod reſtat, rixis, tumultibus, cædibus porta patefiet, civis in civem armabitur cum internecione civitatis, ſi domino aut creditori licere velimus rem ſuam aut ſibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam eſſe, qui juri gentium adſcripturus ſit ea, quibus conceſſis neceſſe ſit hominum ſocietatem everti. Præclare Theodoricus Rex apud Caſſiodorum *lib. 4. var. epiſt. 10. Fœdum eſt*, inquit, *jura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconſultus fervor animorum*: & ſtatim, *hinc eſt, quod legum reperta eſt ſacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulſu. Quid enim à bellica confuſione ex tranquilla diſtabit, ſi per vim litigia terminentur? fac. l. non eſt ſingulis 176. de reg. jur. l. extat. 13. quod met. ca.* Hæc etſi veriſſima ſunt & clariſſima, non paucis tamen, iisque etiam, quorum multis aliis in rebus perſpicientia ac ſolertia commendatur, hic excutire contingit, ut temere atque inconſiderate contendant, actiones omnes & forma & origine eſſe juris civilis. Quid ergo eſt, quod eos transverſos agit? Primum quod apud Pomponium in *l. 2. §. his legibus ff. de orig. jur.* ſcriptum eſt, ex legibus duodecim tabularum compoſitas eſſe actiones, quibus inter ſe homines diſceptarent. An igitur totis trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit? aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit neceſſaria? Sed quis non videt, Juriſconſultum loqui de forma actionum accidentali, & juris Ro. propria? quam ſcilicet à prudentibus acceperunt compoſitis certis ac ſolemnibus formulis. Secundo, quod actiones paſſim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita paſſim appellantur; quas utique juris gentium eſſe nemo ibit infitias: quin & condici jure gentium res dicitur in *l. rerum 25. de action. rer. amot.* Tertio quod naturalis obligatio tantæ efficaciæ non eſt, ut actionem producat: quaſi vero quod non producat, non ſit à jure civili. Et tamen non una hic exceptio eſt. Poſtremo quoniam deportati agere non poſſunt, qui tamen ea, quæ ſunt juris gentium, retinent. Inepte. Nam id tantum obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati ſunt. Sed nec pa-

patriam poteſtatem retinent, nec tutelam, nec jus teſtandi, nec jus ſuccedendi ex teſtamento aut ab inteſtato: quæ tamen omnia ex jure gentium manare, & conſiderata generali atque eſſentiali forma juris gentium manere, ſuis locis oſtendimus; quamvis propter adjectam à jure civili qualitatem & determinationem uſus recte dicantur eſſe juris civilis, ut & actiones: per *l. 6. de juſt. & jur.*

5 *De Actionibus.*] Nomen actionis latiſſime patere vulgò notum eſt, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ paſſioni opponitur: deniq; & oratorum & hiſtrionum & fabrorum actionem eſſe dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi ſignificatione, quam habet etiam tunc cum ad uſum forenſem reſtringitur, ſciendum primum eſt, nunquam verbo agendi, cum ad judicia refertur, ita uſos eſſe veteres, ut eo verbo ſignificarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo nunquam agere aliquem: agere judicio, agere interdicto, quod non ſignificat aliquem ducere aut trahere, ſed idem eſt quod tractare cum aliquo judicio, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, ſed cum quo agitur. Quapropter non eſt audiendus Theophil. qui actionem ab eo dictam ſcribit, quod improbos & perfidos ad judicia agamus. Quadruplex autem fere hujus vocis in
6 jure uſus eſt. Primum latiſſime accipitur, & nomen actionis prædicatur de lite omni & cauſa, ſive ea civilis ſit, ſive criminalis, in qua alias fere utimur verbo accuſationis, *l. penult. ſi ex nox. cauſ. ag. l. ultim. de privat. delict. l. 1. de crimin. ſtell. l. 8. de accuſ l. 4. Cod. de edendo. rubr. Cod. quand. civ. act. crimin.* Secundo minus quidem late quam in ſignificatione præcedenti, ſed ratione ſequentium adhuc latiſſime, ut appellatione actionis comprehendantur cauſæ omnes pecuniariæ, ſive judicia omnia civilia, non ordinaria tantum, verum etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, perſecutiones, ſtipulationes prætoriæ, quæ actionis inſtar obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in ſumma imploratio etiam nobilis officii judicis, ut nunc loquuntur: *l. actionis 37. de oblig. & act. l. actionis 34. l. pecunia 178. §. 2. de verb. ſign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & perſonam, *l. actionum 25. ff. de obl. & act. §. 1. infr. hoc tit.* ſtrictius tamen, ut interdicta, præjudicia, cognitiones & ſtipulationes prætorias contineat, *l. ſed & hæ. 35. §. 2. l. non ſolum. 39. de procur. d. l. 178. §. 2. de verb. ſign.* Quarto & poſtremo ſtrictiſſime atque anguſtiſſime, ut ſolam denotet actionem in perſonam, *l. actio 28. hoc tit. d. l. 178. §. 2. de verb. ſign.* ac tum fere opponitur petitioni, qua actio in rem ſignificatur, ut in formula ſtipulationis Aquilianæ, *§. 2. ſupr. quib. mod. obl. toll. l. & uno 18. §. 1. de acceptil.* Ex his autem ſignificationibus eam, quæ ſecundo loco poſita eſt, huc pertinere oſtendit ſupra dicta diviſio in qua actio conſtituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula ſunt, petitio, perſecutio, formula, lis, cauſa, controverſia, conventio, judicium: nam & vox judicii pro actione ſæpe ſumitur: ut videre eſt in *l. 1. & poſſ. ff. & C. fam. erciſc.* & prætor promiſcue nunc judicium ſe daturum pollicetur.

TEXTUS.

Definitio.

1. *Actio nihil aliud eſt, quam jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur.*

NOTA.

1. Jus Persequendi] Auctor hujus definitionis Celſus *l. 51. hoc tit.* Cæterum actio quatenus tertium juris objectum conſtituit, magis conſiderari debet, ut via & medium, per quod ad id, quod noſtrum eſt, aut nobis debitum pervenitur, quam quatenus eſt jus, aut ex jure nobis quæſito dependet; qua conſideratione cum rerum noſtrarum pars ſit, ad ſecundum objectum referri debet, *l. 49. de verb. ſign.*

Commentarius.

1. *Jus in hac definitione quid ſignificet.*
2. *Refutatur Hotom. qui formulam interpretatur.*
3. *Neminem poſſe quod ſibi debetur, propria occupare auctoritate.*
4. *In jure fieri quæ dicebantur, quæ in judicio.*
5. *Repetitur res ab origine.*
6. *De quibus cauſis magiſtratus ipſi ex officio cognoſcere ſoliti: in quo plerique hallucinantur.*
7. *Romam olim commune fuiſſe forum: nunc autem metropoles idem jus non habere.*
8. *Commune forum eſſe & locum domicilii, & quod tempus hic inſpiciendum.*
9. *Mos paſſim receptus.*
10. *Proprium forum quæ tribuant: & quid mutatum moribus.*
11. *Actionem in rem etiam in loco domicilii poſſeſſoris moveri poſſe: contra Donell.*
12. *Eum, qui per ſe competens non eſt, poſſe ex accidenti competentem fieri, & quibus ex cauſis.*
13. *Definitionem hanc etiam competere actioni in rem.*
14. *Item actionibus popularibus: quæ quid ſint, ſimul docetur.*

11. Item actioni injuriarum, & petitioni uſurarum.

1 A*Ctio nihil aliud eſt, quam jus*] Auctor hujus definitionis eſt Celſus: in *l. nihil aliud 51 ff. hoc tit.* Generis loco jus ponitur: quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuo uſu juris: adeoque apud omnes Latine loquentes ſignificat: poteſtatem jure publico tributam; veluti cum dicimus. jus teſtandi, jus ſtipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia hoc loco quærenda huic verbo ſignificatio eſt.
2 Et male omnino Hotomannus formulam interpretatur. Etſi enim quandoque, actiones cum dicunt Juriſconſulti, formulas earum intelligunt; atque ut hoc etiam largiar, cum prætor ſe actionem daturum pollicetur, formulam eo nomine ſignificat: nullo tamen modo dici poteſt, aut jus agendi formulam eſſe, aut in hac definitione actionem ut formulam conſiderari. Formula à Prætore impetranda eſt, actio, ut quiſque contraxit, ſtatim ei competit: & dominus amiſſa poſſeſſione jus agendi habet ſtatim, id eſt, etiam antequam prætor adeatur: & quis non videt, actionem in propoſito conſiderari, ut in perſona creditoris radicata eſt, non ut actu in judicium deducta? atque ut maxime ut jam actu intentatam conſideres, formula tamen proprie dici non poteſt, non magis quam emancipatio, manumiſſio, adoptio, aditio hæreditatis, &c. quæ formulæ non erant, ſed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones expediebantur, *l. actus 77. de Reg. jur.* Adhæc nihil eorum formulæ advenit, quæ prædicantur de actione; ut cum actio naſci dicitur, acquiri, ipſo jure competere, alienari, mandari, cedi, &c. ad hæredem tranſire, ab hæredibus incipere, ſucceſſione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram conſumi, [illegible] inter fidejuſſores, & id genus ſexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in perſonam civilem, prætoriam, perpetuam, temporalem, famoſam, hæreditariam, &c. recte dicimus. Quamobrem, nec auctorem hujus definitionis Celſum arbitror de formula cogitaſſe: quamvis temporibus hujus Juriſconſulti qui ſub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro uſu eſſent. Plane de ſententia Juſtiniani, quæ formulis jam dudum ſublatis definitionem eandem nihilominus retinuit, nulla poteſt eſſe dubitatio.

Perſequendi in judicio] His & ſequentibus verbis differentia continetur, & genus poſitum reſtringitur. Verbum perſequi notiſſimæ ſignificationis eſt, nec obſcura, quæ in eo tranſlatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cum olim in ſpecie cognitiones extraordinariæ perſecutiones dicerentur, *l. 178. §. 2. de verb. ſign.*

3 *In judicio*] His verbis indicatur, neminem ſibi jus dicere poſſe, aut privata, quod ſibi debetur, exigere auctoritate: ſed ſi quis putet, ſe habere actionem, in legitimo judicio eum cum adverſario experiri debere; atque actionem ſuam proponere apud magiſtratum ſive judicem, qui cognoſcendis & componendis civium controverſiis publica auctoritate conſtitutus eſt, *l. extat, 13. quod met. ca.* & ſimul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, ſed eam, quæ fit apud competentem judicem ex ratione ac præcepto legum & juſtitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda ſunt. 1. quid hæc verba *in judicio* ſignificent. 2. quis dicatur judex competens. Primum 4
quod attinet, diverſa veteribus ſunt. *In jure & in judicio.* In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magiſtratum, antequam ad judicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud prætorem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones, quæ à prætore poſtulabantur, puta damni infecti, vel legatorum; in judicio ea proprie, quæ expediebantur poſt litem conteſtatam apud judices datos ſive pedaneos. Actio in jure à prætore dabatur, apud judicem recuperatoresve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipſi magiſtratus judicare juſſi ſunt, *l. 2. C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentiæ uſus eſſe cœpit: niſi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem conteſtatam, & prætor ipſe olim explicabat, in judicio, quæ poſtea fiunt, licet apud eundem magiſtratum omnia expediantur. Operæ pretium eſt, rem ab origine repetere. Initio quidem prætorem ipſum, utpote juri dicundo, civiumque inter ſe controverſiis diſceptandis ac dijudicandis creatum ac conſtitutum, cauſas privatas omnes plene cognoviſſe & judicaſſe, veriſimile eſt. Verum poſtea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente vero tempore fortaſſis etiam ob dignitatem magiſtratus, obtinuit & paulatim in ordinariam juriſdictionem verſum eſt, ut prætor additus non ipſe judicaret, ſed præparatoriis quibuſdam apud eam tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresq; ad privatos remitteret, qui notionem & judicium ſuſciperent: Horum judicum varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, ſpeciales, addicti, ſelecti, diſceptatores, recuperatores, in judiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione conſulantur, *Scip. Gent. 2. de juriſd. 8. Coraſ. 3. miſc. 18. Duar. de jud. cap. de jud. dat. Sigon. 2. de antiq. jur. civ. c. 18. & ſeq.* Nullam vero juriſdictionem hi judices habebant, ſed nudam duntaxat notionem, hoc eſt cognoſcendi tantum, & judicandi poteſtatem ſine imperio aut jure ſententiæ exequendæ; & ſimul ſententiam dixiſſent, judices eſſe deſinebant, *l. 5. l. 15. l. judex 55. de re jud.* Apud hos judicium

exerceri proprie dicebatur, & ipſi ſpecialiter judices appellari & à magiſtratibus ſeparari ſolent. l. 15. & 55. de re jud. l. 2. de reg. jur. l. 1. & l. 3. de juriſd. Usque adeo [illegible] hæc ratio dandorum judicium invaluerat, ut vix ipſe prætor judicium unquam ſuſciperet, &, ſi fides Duareno lib. 1. diſp. 53. ne potuerit quidem prætor ipſe de cauſis quibusvis cognoſcere. In quam ſententiam affert l. 4. de tut. dat. l. ult. de off. præt. l. 8. & 9. de off. præſ. l. C. de pedan. jud. Alii tamen id arbitrarium fuiſſe exiſtimant, argumento legis, quam inter ſuas atque, ut credibile eſt, ad morem ſuorum temporum reſpiciens, M. Tullius refert in hæc verba: *Iuris diſceptator, qui*
6 *privata judicet, judicarive jubeat, prætor eſto.* Quod in medio relinquimus. Illud conſtat, exceptas fuiſſe nonnullas cauſas, de quibus ipſi magiſtratus ex officio cognoſcebant, non judicem dabant; quæ cognitiones prætoriæ & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque uſitatum, ſine ſolemnibus & ſtrepitu judicii, ſine formula, hæ cauſæ expediebantur & diſceptabantur à prætore ipſo: cujusmodi cauſæ ſunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, profeſſorum liberalium artium, *l. de exer. cogn.* perſecutio fideicommiſſi, *l. 178. §. 2. de verb. ſign. Ulp. tit. 25. §. 10.* petitio liberorum, qui in poteſtate ſunt, *l. 1. §. 2. de rei vind.* reſtitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l. 13. § 1. l. 24. §. ult. de min.* Cujacius *par. Cod. ubi ca. ſtat.* & Scip. Gent. *d. loc.* huc item referunt cauſas ſtatus ſive præjudicia. Rectene an ſecus, ambigo. Nam præjudicia *in d. l. 1. §. 2. de rei vind.* aperte ſeparantur à cognitione prætoria. Et in his cauſis partes ad judicem mitti dicuntur, *l. 8. §. 1. & l. 9. de l. O. ca.* paſſimque judicis liberalis cauſæ, qui de libertate cogniturus eſt, mentionem fieri, videmus, ut *in l. 7. §. 1. & ult. l. 41. §. 1. de lib. cap. l. ſervus 34. §. ult. verſ. quid ergo, de ſtatulib. l. 7. §. 1. in fin. de hæred. pet.* Plautus recuperatorem ſemper meminit *in Rud. & Bacch.* & Sueton. *in Veſpaſ.* refert, Flaviam quandam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperato judicio pronuntiatam. Nec multum movet, quod traditum eſt *in l. non diſtinguemus 32. §. de liberali 7. de recept. arbitr.* cauſam liberalem majores judices poſcere, quam ſint compromiſſarii, vel quia etiam judices à prætore delegati majores ſunt arbitris: qui conſtituuntur mera conventione privata: vel quia Juriſconſultus non ſimplicem cognitionem & deciſionem cauſæ conſiderat, quæ ſola pertinet ad officium judicis dati: ſed totam cauſæ tractationem, & in hac etiam partes prætoris, qui lite primum apud ſe conteſtata formulam ipſe concipit & judicium judicemque conſtituit. Atque his inſuper argumentum præbet, *l. 1. C. de off. præt.* ubi Conſtantinus cauſam liberalem propriam facit prætoris, quod fruſtra feciſſet, niſi antea fuiſſet judicii ordinarii, *add. Rev. 3. var. 20. Hotomann. 6. obſ. 6.* Sed nec interdicta huc pertinent, ut conſtat ex *orat. pro Cæcin.* item ex *l. 1. §. 2. ventr. nom. mul. in poſſ. l. 1. in pr. ne vis fiat ei, qui in poſſ. l. 1. in pr. de vi & de vi arm.* quibus locis manifeſte refelluntur, qui negant, ex cauſa interdicti formulam aut actionem datam fuiſſe. Poſtea ratio judiciorum mutata eſt, & injuncta cauſarum omnium cognitio ipſis magiſtratibus: extra quam ſi vel occupationibus publicis vel multitudine cauſarum ipſi cognoſcere impediantur, *l. 2. C. de ped. jud.* aut ea negotii ſit vilitas, ut non admodum notionem magiſtratus requirat, *l. ult. C. dict. tit.* quo reſpiciens Juſtinianus, ait, judicia omnia ſuo tempore extraordinaria fuiſſe, *§ ult. Inſt. de interd.* In judicio igitur ſic nunc interpretabimur apud prætorem ſive magiſtratum, qui dum jus dicit ac reddit, recte judex appellatur, & cui ſoli nunc judicandi munus incumbit. Alterum, quod hic explicandum erat, eſt, quis ſit judex competens: neque enim promiſcue apud quemvis judicem quævis actio inſtitui poteſt, ſed apud eum ſolum, cujus de ea re, qua de agitur, notio eſt, qui uno verbo competens appellatur. Competentia hæc æſtimatur, ex quibus forum ſortiri dicimur. Forum duplex: commune
unum, alterum proprium ſeu ſpeciale. Commune 7
forum olim fuit Roma, quæ idcirco veteribus dicta eſt communis patria, *l. Roma. ad Munic.* Nam omnes qui Romæ inventi eſſent, ibi conveniri poterant, ibi ſe defendere debebant, niſi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium, *l. 2. §. omnes 4. & ſeqq. l non alias 24. de judic.* ſed moribus hodiernis regiæ urbes ſeu metropoles jus iſtud communis fori non habent. Commune forum item recte 8
dixeris, in quo quisque conveniri poteſt quacunque ex cauſa: quale forum tribuit locus domicilii: & eſt notandum, circa locum domicili non tantum inſpici locum, in quo reus habitat tempore movendæ actionis, ſed etiam in quo habitabat tempore contractus, *l. 2. Cod. de juriſd.* quem locum male Cyn. Salic. & Sich. reſtringunt ad caſum, quo quis in loco domicilii contraxit: quia ita conveniretur ex capite contractus non domicilii, de quo ibi diſerte agitur, & locus contractus forum tribuit, etiamſi quis nunquam ibi domicilium habuerit. Atque ratio hujus juris ſatis manifeſta eſt, quia cum ſtatim actio ex contractu naſcatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quæratur, cum quo forte alias non contraxiſſet, jus illud creditori facto debitoris adimi non
debet. Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum 9
invaluit, ob ſummam difficultatem, quæ ſæpe eſt, ſequendi debitores exteros, ut ii quovis loco deprehenſi detineri judicioque ſiſti queant. *Gudel. lib. 4.*
cap. 2. late Peck. in tractat. de jur. ſiſtend. Pro- 10

prium forum eſt, quod præter commune tribuunt
cauſæ ſingulæ; veluti in actionibus in perſonam fo-
rum tribuit locus, in quo contracta eſt obligatio, *l.*
omnem 20. de judic. quod tamen puto ſic accipien-
dum, ſi reus ibi reperiatur; per *l. 2. §. 4. l. 19. in pr.*
& §. 1. l. argentarium 45. de judic. textus eſt *in cap. 1.*
§. contrahentes, de for. comp. Covarr. pr. quæſt. 10.
num. 3. Sichard. & Vultejus in l. 2. Cod. de juris-
dict. Anton. Fab. Cod. ſuo, ubi conv. qui cert. loc. de-
fin. 4. & ſiquidem in contrahendo dictum non ſit,
quo loco rem præſtari oporteat, is locus contractus
intelligitur, in quo res geſta eſt, *dict. l 19. §. 1. d. t.*
l. 45. Sin autem expreſſe cautum ut alio loco, quam
in quo negotium geſtum eſt, res præſtetur, hic locus
accipiendus, tanquam re ibi contracta, *l. 3. de reb.*
auct. jud. poſſeſſ. l. contraxiſſe 21. de oblig. & act. In
Francia & his regionibus non inſpicimus locum
contractus, nec ſolutionis, ſed domicilii debitoris,
juxta *l. exigere 65. de judic.* ſic ut *l. hæres 21. de jud. l.*
3. de reb. auct. jud. poſſ. l. 21. de obl. & act. non ſint
receptæ, ſecundum ea, quæ tradit Imbert. & alii al-
11 legati à Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 164.* In actionibus in
rem ſpeciale forum tribuit locus, in quo res ſitæ ſunt.
Eſt enim conſtans hæc fere omnium interpretum
ſententia usque forenſi non dubio recepta poſſe pro
arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in lo-
co domicilii poſſeſſoris, ut foro actionum omnium
communi, vel in loco, ubi res, de quibus contendi-
tur, conſtitutæ ſunt. Per text. non obſcurum *in l. 3. C.*
ubi in rem. act. fac. l. un. C. ubi de hæred. quanquam
Gudelinus notat, praxin illud maxime obſervare, ut
ibi duntaxat actio in rem intendatur, ubi res ſita eſt,
lib. 4. cap. 2. Unus fere Donell. noſter *lib. 17. comm.*
17. ab hac ſententia receſſit, contendens, in actioni-
bus in rem nullam domicilii rationem haberi, ſed u-
num tantum eſſe forum rei, locum ſcil. in quo ſunt
conſtitutæ: ibi reum conveniendum eſſe, ibi ſe de-
fendere debere: conventum in loco domicilii non
cogi judicium pati. Quo & ipſe aliquando inclinavi
propter *l. quod legatur 38. de judic.* Sed non dubito
nunc, quin quod Juriſconſultus ibi proponit de re
legata, ſpeciale ſit, eo quod legatario ſufficere de-
beat, ſi hæres à quo legati præſtandi neceſſitas non
cœpit, eo in loco ubi res eſt, offerat ſolutionem, de
qua etiam & ipſa præſtatione præcipue Juriſconſul-
tus tractat. Quod Donellum præterea movet, fa-
cile evenire poſſe, ſi poſſeſſor in loco domicilii con-
ventus jubeatur rem reſtituere; ut nova lite pro exe-
cutione rei opus ſit: non usque adeo magni mo-
menti eſt. Nam præterquam quod magiſtratus o-
mnes inferiores mutuam ſibi operam præſtare de-
bent, conſiderare debuit Donellus, non eſſe ex ratio-
ne juris Romani in judiciis realibus ordinariam hanc
procedendi atque exequendi viam, ut poſſeſſori reſti-
tuere juſſo, nec parenti res ipſa manu militari in judiciali-
ter
ratur, ſed ut damnetur quanti in litem actor jura-
rit, *l. ejus rei 46. cum ſeq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit.*
jur. Quæſtiones criminum ubi exerceantur docet
l. 1. l. 2. cum auth. ſeq. C. ubi de crim. Illud obiter ad- 12
jicio, poſſe eum, qui per ſe competens non eſt, ex ac-
cidenti competentem fieri, idque vel propter judi-
cium jam cœptum, vel propter prorogationem juris-
dictionis. Cœpti judicii hæc vis eſt, tum ut actorem
mutuæ petitioni ſeu reconventioni, ut nunc in foro
loquimur, obnoxium reddat, hoc eſt, ut mutuas rei
actiones ibi excipere cogatur, ubi ipſe litem movit,
tametſi prius ibi conveniri non potuiſſet, *l. 22. de ju-*
dic, l. 14. C. de ſent. & interl, tum ut litigatores re-
tineat in judicio conjuncto. Conjuncta autem judi-
cia hac in re habita ſunt poſſeſſionis & proprietatis;
ac de his ita cautum; Quo in loco prius de poſſeſ-
ſione actum eſt, etiam de proprietate agi debere,
quamvis rebus integris ibi conventus judicium ex-
cipere non cogeretur: ne cauſæ continentia divida-
tur, *l. nulli 10. C. de jud.* Moribus tamen disjunctos
cernimus iſtarum cauſarum judices: quippe interdi-
cta poſſeſſoria in conciliis provincialibus ſolent tra-
ctari: quæſtiones vero proprietaris apud cujusque
loci magiſtratum. *Gudel. lib. 4. c. 2.* ubi de foro com-
petente late & eleganter diſputat. *art. 19. Inſtr. ſupr.*
Holland. cur. Prorogatur juriſdictio, cum alius judex,
quam cujus notio eſt, ex conventione aditur, *l. 18. de*
jurisd. l. 1. de judic, de quo conſule *DD. ad d. l. 1. &*
c. ſi diligenti. x. de for. com. Chriſtin. vol. 2. dec 160.

Quod ſibi debetur] Hotom. *3. obſ. 17.* addit, *vel*
quod ſuum eſt; ne definitio anguſtior ſit definito:
quippe quæ alioqui actioni in perſonam duntaxat
competere videatur, non etiam actioni in rem, per
quam rem noſtram petimus, non nobis debitam. Et
verum quidem eſt proprie ea, quæ noſtra ſunt, dici
non poſſe nobis deberi, *l. Quint. Mucius 27. §. 2. l.*
ſcribit 34 in pr. de aur. arg. leg. Sed quid prohibet 13
verbum debendi laxius accipere, ut debere quisque
dicatur, quod jure præſtare tenetur, quamvis
facto ſuo ad id ſe non obſtrinxerit? Convenit
certe hoc & partitioni juris initio propoſitæ, &
præſenti inſtituto Juſtiniani, ut diviſio in continenti
ſubjecta clare oſtendit. Nec deeſt veterũ auctoritas:
nam & Ulp. *in l. pecunia 178. §. ult.* ſcribit, hoc ver-
bum *Debuit*, omnem omnino actionem comprehen-
dere. Plane perſecutio criminalis huc non pertinet,
qua quisque non quod ſibi debetur, perſequitur, ſed
quod vigor publicæ diſciplinæ poſtulat, vindictam
criminis, *l. 9. §. quod illicite, de publican.* Quæſitum 14
de actione populari & injuriarum. Sed puto verba
definitionis etiam ad actiones has commode appli-
cari poſſe. Populares actiones ſunt definitore Paulo
in l. 1. popul. act. quæ jus ſuum populo tuentur: ni-
mirum

patriam[illegible]nmus ac præcipuus harum actionum finis ſtan[illegible]ut publicæ utilitati & ſecuritati conſulatur, *l. 5. de his qui effud. vel dej.* quam ob cauſam etiam pariter propoſitæ ſunt: niſi quod in iis, quæ ſimul continent intereſſe alicujus privati, is, cujus intereſt, præferatur, *l. 3. §. 1. de popul. act. l. 3. in pr. de ſepul. viol.* Pœna, quam ſequuntur, regulariter actoris lucro cedit; qui ob id etiam, poſtquam litem conteſtatus eſt, inter creditores numeratur, *l. 12. de verb. ſign.* fiſco ut applicetur, ratum & ſingulare: ac tum præmii loco pars aliqua datur actori, *l. 25. §. ex hoc edicto, de Senatusc. Syllan. l. ult. de term. mot.* Cæterum quia hæ actiones ita propoſitæ ſunt, ut ejus demum, qui eas occuparet litem conteſtando propriæ fierent, eique ſoli pœna præſtaretur, inde eſt, quod qui habet actionem popularem, non intelligitur eſſe locupletior, neque pro creditore habetur, antequam litem conteſtatus eſt, *l. pen. §. 1. de pop. act. junct. l. 12. de verb. ſignif.* Sed enim cum hæ actiones privatam pecuniæ perſecutionem habeant, utique conſideratæ quatenus jam occupatæ vel etiam occupandæ per litis conteſtationem, ad definitionem pertinent. Idq; menti Juſtiniani omnino conveniens eſt, qui & *ſup. tit. præced. §. 1. & infr. hoc eod. tit. §. 10.* populares
15 aliquot actiones proponit. Eadem fere ratio eſſe videtur & actionis injuriarum. Hæc ante litem conteſtatam in bonis noſtris non computatur, *l. injuriarum 28. de injur.* ſcilicet quia ſi quis de ea litem non conteſtatus deceſſerit, perinde eſt, quaſi nullam unquam actionem habuiſſet, utpote quæ nec illi profuit vivo, nec hæredibus ejus prodeſt, ad quos non tansmittitur, *§. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 13. de injur.* Uſurarum petitio propriam rationem habet; nec tamen eam hinc excludimus. Nam quod uſuræ dicantur peti non poſſe jure obligationis aut actionis, ſed officio judicis in bonæ fidei judiciis ob moram præſtari; *l. qui per 49. §. 1. de act. empt. l. 4. C. de poſ.* id non ſignificat, uſuras non deberi, aut nullam uſurarum nomine actionem eſſe, ſed non deberi principaliter, nec eſſe propriam actionem, qua principaliter petantur, ſed ſortis duntaxat, qua mota & ipſæ per conſequentiam officio judicis veniant.

TEXTUS.

Diviſio prima.

2. *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quæritur, ſumma diviſio in duo genera deducitur. Aut enim in rem ſunt, aut in perſonam. Namque agit unusquiſque aut cum eo, qui ei obligatus eſt, vel ex contractu, vel ex maleficio: quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit, adverſarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus eſt, movet tamen alicui de aliqua re controverſiam: quo caſu proditæ actiones in rem ſunt: veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, quam Titius ſuam eſſe affirmet, poſſeſſor autem dominum ejus ſe eſſe dicat: nam ſi Titius ſuam eſſe intendat, in rem actio eſt.*

NOTÆ.

1. Judices arbitrosve] Judicum nomine intelligit judices addictos actionibus ſtricti juris; arbitrorum addictos judiciis bonæ fidei, *l. 15. de re jud. l. 7. de leg. Iul. rep.* quamquam & arbitri ex compromiſſo ſumpti huc pertinent, *l. 1. de rec. arbitr.*

Quo caſu proditæ actiones in rem] Actio in rem eſt, per quam rem noſtram, quæ ab alio poſſidetur, *l. 25. h. t.*

Quam Titius ſuam eſſe] Actio in rem de re corporali, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio *tit. D. & C. de rei vindic.* ſoli competit vero rei domino, *l. 23. eod.* Utilis tamen emphyteutæ & ſuperficiario datur, *l. 1. §. 1. ſi ag. vect. l. 74. de rei vind.*

Poſſeſſor dominum ſe dicat] Aut utique neget petitorem dominum eſſe: nam ut contra vindicet, non eſt neceſſarium, *§. 4. inf. [illegible] interd. l. 4. C. edend.*

COMMENTARIUS.

1. *Diviſionem hic propoſitam non à materi[illegible], ſed à cauſa efficiente ſumptam eſſe.*
2. *Indicatur cauſa efficiens ſeu jus, unde a[illegible] & in rem & in perſonam manat.*
3. *Perſona ad conſtituendum judicium neceſſaria.*
4. *Quam varie nomina hæc, judex & arbiter, accipiantur, ſive conjunctim ſive per ſe poſita.*
5. *Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere, rejecta vulgata diſtinctione.*
6. *Diſputatio accurata adverſus eos, qui mancam eſſe hanc diviſionem contendunt, unoque membro, mixtarum ſcil. actionum, mutilatam.*

 7. Nec

7. *Nec actiones, quæ dicuntur in rem ſcriptæ tertiam ſpeciem conſtituere.*
8. *Actio in perſonam quid; cui adverſus quem detur.*
9. *Quo effectu creditor nomen alienet.*
10. *Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri noviſſime poſſidentem.*
11. *Actione in perſonam quid petatur: ubi & inſigne diſcrimen inter hanc & illam in rem circa cauſam libello complectendam.*
12. *Actiones in perſonam, quæ nec ex contractu nec ex maleficio originem trahere videntur.*
13. *Formula in actionibus in perſonam uſitata, & quali locus, cum agitur ex obligatione faciendi.*
14. *Formulam, qua adverſarium dare aut facere oportere intendimus non convenire omnibus actionibus in perſonam.*
15. *Actio in rem quid ſit, unde naſcatur; & cui competat principalis illa, qua de hic agitur.*
16. *Quæ petitori in hac actione probanda adfundandam intentionem: & primum de dominio.*
17. *Neceſſe eſſe ad fundandam actionem, ut hic, cum quo in rem agatur, poſſideat. Quam late verbum poſſeſſionis hic accipiatur. Aliaque non paſſim obvia.*
18. *Poſſeſſorem non compelli, ut contra vindicet, differtatio adverſus D. Contium.*
19. *Petitio hujus actionis propria: & qui exitus.*

PRoponuntur hoc tit. quinque aut ſex actionum diviſiones, quæ naturam, cauſas, vim & proprietatem ſingularum velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, ſumma dicitur eodem ſenſu, quo ſæpe alibi à noſtris, ut *in l. 3. de ſtat. hom. l. 1. de rer. diviſ. §. 1. inf. de interd.* quia inter multas prima &
1 potiſſima eſt. Ratio diviſionis ab objecto ſive materia petita prima fronte videtur: id enim verba hæc, *in rem & in perſonam*, præ ſe ferunt. Nos tamen à cauſa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc eſt, à jure, quod quis circa rem habet: idque confirmat tum hic ipſe locus, tum *l. actionem 25. ff. eod.* unde magnam partem, quæ hic traduntur, hauſta ſunt: ac mox res ipſa clarius apparebit. Non igitur ideo, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur; actio in perſonam, quia petatur perſona: una enim actionum omnium materia eſt res, quæ petitur, ſive in perſonam agatur, ſive in rem. Et ſi quando contingat, ut ſervus petatur, non petitur, ut perſona, ſed ut res cæteræ, quæ noſtræ ſunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio in perſonam dicitur, quia ea qui agit, perſonam conveniat; actio in rem, quia conveniatur res ipſa; quod natura fieri poteſt: Nam quod Juriſconſulti ita aliquando loquantur ut dicant, rem conveniri, non perſonam, abuſivum eſt, & ſpecialem præterea rationem in cauſis, de judicialiquuntur, habet, veluti *in l. 7. de publican.* iſt. inter *de jur. fiſc.* Quarum illa prædia conveniri dicit ex cauſa vectigalium, non perſonæ; & intelligamus onera iſta prædiorum eſſe, non perſonarum; ac proinde quaſi à prædiis exigi atque à poſſeſſoribus eo nomine conventis præſtanda eſſe, ſine conſideratione temporis, quo poſſederunt. In altera Papinianus negat, pecuniæ publicæ, quam quis à debitore ſuo in ſolidum accepit, revocatæ, uſuras præſtari, eo quod res, non perſona convenitur; quod ſi explicatur, *in l. 5. C. de priv. fiſc.* quia fiſcus jure extraordinario privilegii ſui in rem aufert, non cum obligatio ex contractu aliquo fœneratitio agit. At cum utraque actione & res petatur & perſona conveniatur, qui fit, quod una in rem nomen acceperit, altera in perſonam? Dicam ſtatim: prius enim cauſa efficiens utriusque indicanda eſt, unde potiſſimum, ut ante dixi, ſumpta
ratio diviſionis. Omnis actio procedit ex jure ali- 2
quo, quod quis circa rem habet, tanquam à cauſa efficiente proxima. & itidem variatur pro juris iſtius diverſitate. Quemadmodum autem hoc jus in univerſum duplex eſt; unum in re, alterum ad rem: ita quoque duæ in univerſum diverſæ actionum ſpecies inde manarunt, ſive duo remedia ad jus illud judicio perſequendum. Jus in re, quod obiter hic inculcandum, multiplex, dominium tū directum, tum utile, uſusfructus, ſervitutes, pignus, jus poſſeſſionis. Jus ad rem unum eſt, obligatio, ſcilicet ſive creditum. Ex jure, quod quis in rem habet, proficiſcitur actio in rem, pro diverſa quidem qualitate iſtius juris univerſi quoque generis, ſed id ad rem propoſitā nunc nihil facit. Obligatio actionem in perſonam parit. Illa in rem dicitur, quia domino quod detur, rem perpetuo ſequitur, atque ut perſona hic conveniatur, hoc eſt, poſſeſſor tamen non convenitur propter ſeſe, propter rem poſſeſſam. Hæc autem in perſonam dicta eſt, quia ut perſona hic convenitur, ita convenitur propter ſe, quia ſe obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non ſic accipiendum eſt, quaſi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta eſt, conſequatur: ſed ſic, quod actione in perſonam quisque tenetur ob hoc ſolum, qui verbi cauſa promiſit, ſe daturum eſſe; & hoc ſive rem habeat, ſive non habeat; cum actione in rem propria propter hoc ſolum teneatur, quod rem poſſidet, nec compellatur in rem actionem pati, ſi rem defendere nolit, aut ſine dolo poſſidere deſierit, *l. ſin autem 27. §. 1. l. ult. de rei vind.*

Quibus inter aliquos apud judices] Tribus his ver- 3
bis breviter comprehenduntur tres illæ perſonæ, quæ ad conſtituendum judicium neceſſario requiruntur, actor, reus, judex. Actor & reus litigatores ſunt,

patriam, inter quos res agitur, & quorum ille eſt, qui litem intendit, hic, qui excipit. Græci φεύγοντα appellant, & more Græcorum noſtri aliquando partem fugientem, *l. 2. C. de jure ju. prop. cal. l. 13. §. 2. C. de judic.* Judex, apud quem res agitur, qui idem cauſam cognoſcit, & litem auctoritate ſua dirimit. Unde judicium non male definitur legitima rei controverſiæ inter actorem & reum apud judicem tractatio, in eum finem inſtituta, ut lites publica auctoritate ſopiantur.]

Iudices arbitrosve] Nomina hæc judex & arbiter non eodem ſemper modo accipiuntur, nec per ſe poſita, nec conjuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel improprie. Judex proprie dicitur, qui ita judicat, ut in eo munere publico fungatur. Etenim judicandi munus publicum eſt, *l. quippe 78. ff. de judic. l. ult. §. judicandi, de mun. & hon.* Atque hinc judices omnes dicuntur habere notionem, id eſt, poteſtatem cognoſcendi jure publico conſtitutam, *l. 5. de re jud.* Improprie judices dicuntur arbitri, qui ex conſenſu litigatorum & compromiſſo ſumuntur: quippe conſenſus privatorum judicem facere non poteſt, *l. 3. Cod. de jurisd.* Appellantur autem judices propter affinitatem, quam cum veris judicibus habent, eo quod partibus judicis fungantur, & arbitria ad ſimilitudinem judiciorum redacti ſint, *l. 1. l. 13. §. 2. de rec. arbitr. l. pen. ff. l. 14. Cod. de judic.* ac tametſi ſententiæ eorum executioni mandati non ſoleant, effectum aliquem habent vi ſtipulationis pœnalis. Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, judices voluntarii & compromiſſatii. Non eſt tamen infrequens ut veri quoque judices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei judicio cognoſcunt, & maxime in judiciis diviſoriis familiæ ercifcundæ & communi dividundo: unde & judicia ipſa arbitria, *l. 24. depoſ. l. arbitrium 43. l. ult. ff. l. 15. l. 17. C. famil. ercifc. l. 18. ff. l. 3. Cod. comm. divid. l. pro ſocio 38. ff. pro ſoc.* Sic autem appellati ſunt hujus generis judices, propterea quod libera iis poteſtas permittitur arbitrandi æſtimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præſtare oporteat. De quo pluſcula ad *§. 28. & 30. inf.* Præterea nomen judicis etiam tunc cum proprie uſurpatur, aliquando generaliter accipitur ut eo contineantur omnes, qui cognoſcendi & judicandi poteſtatem habent, ſive eam habeant jure magiſtratus, aut vi alicujus jurisdictionis, *l. 1. de judic. tot. tit. Cod. de jurisd. omn. jud. tit. ff. & Cod. de reb. aud. jud. poſſeſſ.* ſine jure nudæ notionis, ut judices pedanei; aliquando ſpecialiter pro pedaneis judicibus duntaxat, hoc eſt, iis, qui dati ſunt à magiſtratibus, aliisve, qui jus dandi judicem habent: in qua ſignificatione etiam paſſim hoc verbum ſumitur, non tantum cum opponitur verbo magiſtratus, ſed etiam cum per ſe & abſolute ponitur, *l. 1. & 3. de jurisd. l. 12. §. 1. l. in privatis 77. de judic. l. 15. l. judex 55. de re judic. l. 2. de reg. jur.* Cujus tamen diſtinctionis non tantus eſt hodie uſus, quantus olim fuit; cum judicis paſſim dandi licentia non ſublata ſit, *l. 2. Cod. de pedan. jud.* Eſt & tertia hujus vocis ſignificatio adhuc magis ſpecialis, quæ ex adjuncto cognoſci poteſt, veluti cum hæc duo conjunguntur, judices arbitrive & maxime cum additur, à magiſtratu dati, ut in *l. 15. de re jud. l. 7. de leg. Iul. rep.* Quod cum fit, judicis nomen in ſpecie accipitur, reſtringiturque ad certos tantum judices, datos quidem à magiſtratu, ſed in judiciis ſtricti juris, poteſtate judicandi certa formula, quam excedere non liceat, circumſcripta. Sicut per nomen oppoſitum arbitri judices item veros tunc intelligimus, ſed, qui addicti ſunt bonæ fidei judiciis, aut etiam arbitrariis, *l. 14. §. 4. quod met. cauſ.* minime autem tales, ad quos ex compromiſſo itur. Hoc vero vel ex uno loco Senecæ intelligere licet, qui *3. de benef.* ſic ſcribit; *Melior videtur conditio cauſa bona, ſi ad judicem, quam ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit, hujus libera & nullis conſtricta vinculis religio eſt.* Plane, cum ſimpliciter hæ voces, judex & arbiter, junguntur, nec aliud exprimitur, unde diverſum colligi poſſit, utramque vocem proprie poſſe accipi conſtat, ut cum Juriſconſultus in *l. 9. ff. de re jud.* ſcribit, furioſo ſententiam à judice vel arbitro dici non poſſe: unde & de hoc ipſo loco judicandum. Atque ut forte Juſtinianus de arbitris ex compromiſſo ſumptis non cogitaverit, non eo tamen minus huc pertinent, ubi de actione inſtituenda quæritur: Nam & apud eos eadem omnia hic ſervantur, quæ apud veros judices, nec aliter arbitria eorum rata ſunt, quam ſi ordine judiciario actum eſt, cauſa more judiciorum agitata & cognita, ad ſententiam ferendam proceſſerunt, *l. 1. de rec. arb.* Nimirum vero nihil huc pertinent arbitratores, quos vocant. 7
Quippe qui non ut judices adhibentur ad controverſiam ſententia ſua decidendam; ſed ut mediatores interveniunt in actibus extra judicialibus & contractibus cum de re aliqua inter ipſos contrahentes non convenit; veluti ſi in contractu ſocietatis partes ſociorum, in emptione pretium, in locatione merces, in arbitrium certæ perſonæ conferatur, *l. 75. cum ſeqq. pro ſoc. l. ult. Cod. de contr. empt.* nullus autem locus dari poteſt, quo lis aliqua deciſa arbitratoris interventu dicatur. Et commentatitia eſt, prorſusque aliena a ratione juris civilis interpp. diſtinctio qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tanquam judices ſervato ordine judiciorum procedant; hi ſine ſolennibus litem amice ex æquo & bono componant, ut poſt Coraſ.

4. miſc. 4. 18. bene oſtendit Bach. *ad tit. ff. de rec. arbitr. cap. 1. num. 2.* uſu tamen interpp. diſtinctio invaluit. *Gail 1. obſ. 150. Merul. lib. 1. tit. 7.*

In duo genera] Ita & Ulpian. in *l. 25. hoc tit.* Addendum pleriquepurant & tertium genus, ex *§. 20. inf. eod.* actiones ſcil. mixtas, cujusmodi ſint actio familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expreſſe dicto loco Juſtinianus ait mixtam cauſam obtinere tam in rem, quam in perſonam. item petitio hæreditatis, quæ & ipſa mixta dicitur, in *l. 7. Cod. de hær. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem quam in perſonam actionum efficit, de qua *Cujac. par. Cod. fin. reg.* At enim vero, ſi hoc ita eſt, dignus ſane reprehenſione fuerit Tribonianus, qui ſummam omnium actionum diviſionem ſe proponere profeſſus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc eſt, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omiſſo, quod ad perfectionem totius non minus, quam duo illa, quæ poſita ſunt, pertineat: Nec accipio reſponſionem quorundam, qui fatentur quidem, rectius Tribonianum facturum fuiſſe, ſi vel una diviſione ſpecies omnes complexus eſſet, vel ſtatim tertiam ſubjeciſſet; ſed cum de re ipſa conſtet, & tertia illa ſpecies propoſita ſit in *dict. §. 20.* leges diviſionis & methodi inſuper habendas. Hæc enim reſponſio, ut aliquid pro Triboniano facere poſſit, ſi qui ab eo minus recte factum, tamen nihil adfert pro defenſione Ulpiani, qui itidem duo duntaxat actionum genera in *d. l. 25.* ponit & explicat, in rem, quæ (inquit) dicitur vendicatio, & in perſonam, quæ condictio appellatur: tranſitque deinde ad alia, miſcelli generis nulla facta mentione: vitioſe omnino, ſi præter duo iſta genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis ſuperſit ab utroque diſtinctum, Ego ſic ſentio, veteres plura actionum genera quam duo illa, quæ hic propoſita ſunt, non agnoviſſe, easq; quæ mixtæ aut mixtam cauſam obtinere certo reſpectu dicuntur, comprehendiſſe ſub ſimplicibus, atque annumeraſſe ei ſpeciei, ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria iſta judicia, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, origine ſua & eſſentia ſunt actiones in perſonam, ſine ſolum & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in perſonam numeraverunt, *l. 1. fin. reg.* ut & ipſe Juſtinianus in *l. 1. §. 1. Cod. de ann. except.* Petitionem autem hæreditatis inter actiones in rem, *l. 25. §. antepen. de hær. pet. l. 1. l 27. § 3. de rei vind.* ob cauſam nimirum contrariam. Id vero ita eſſe, non aliunde certius conſtare poteſt, quam ex conjunctione, *dict. l. 1. fin. reg.* cum *dict. l. 25. §. antepen.* Nam in *dict. l. 1.* Paulus ſic diſerte ſcribit, *Actio finium regundorum in perſonam eſt, licet pro rei vindicatione ſit.* Quod nihil aliud eſt, quam ſi diceret, non eo minus actionem judicialium regundorum perſonalem cenſeri debere, quod inter rata ſit quaſi loco vendicationis, quodque proprietatis controverſiæ cohæreat, ut loquitur Conſtantinus in *l. 3. Cod. eod.* & quod per eam, rem noſtram, quæ intra fines noſtros ſit, conſequamur; qui effectus eſt rei vendicationis: quia nihilominus verum ſit, eam ex obligatione deſcendere, darique adverſus eum ſolum, qui nobis ſit obligatus. Quod quidem manifeſtum eſt, ſi quis de vicini maleficio queratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel alias ſciens fines ſuos protulit. Sed & ſi forte antiqui limites inveniri non poſſunt, vel non ſatis evidenter cujusque agrum diſtinguant, ita ut novi ſint conſtituendi pro menſura cujusque agri; aut adjudicatione, & condemnatione, controverſia dirimenda, *l. 2. l. 3. fin. reg. §. pen. infr. de off. judic.* ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confuſio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ erciſcundæ & communi dividundo. In quibus etiam res eſt certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla eſt quæſtio, nec quid reſtitui poſtulatur, ſed ut res dividatur, & recedatur à communione. Quin etiam poſſidenti ultro dantur, *l. 1. §. 1. fam. erciſc.* Ex contrario in *dict. l. 25. §. antepen.* ſic Ulp. *Petitio hæreditatis etſi in rem actio ſit, habet tamen præſtationes quaſdam perſonales,* Quaſi diceret; Petitio hæreditatis in rem actio eſt, quia non ex obligatione aliqua naſcitur, ſed per eam rem noſtram petimus, quæ ab alio poſſidetur; ita tamen in rem, ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in perſonam, nempe præſtationes iſtas, quarum meminit, pretiorum & pecuniæ à debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem ſit & dici debeat, quia talis eſt principaliter, per ſe & origine ſua. Quamobrem ferre non poſſum, quod Bachovius contendit, actiones hasce etiam ratione eſſentiæ ſuæ & originis mixtas eſſe; quia naſcantur ex duplici eoque diverſo principio, dominio ſc. & obligatione: nam præterquam quod hoc à mente veterum longe alienum eſt, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem eſſe dicerent, actionem autem finium regundorum in perſonam, ſi illa æque in perſonam, hæc æque in rem eſſet, atq; utraq; eſſentiali origine tam in rem quam in perſonam?) non caret etiam implicatione contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipſe Bachovius; cæterum ſe inde expedire conatur poſito pro diverſitate objecti diverſo quoq; principio & cauſa agendi. Cum itaque duplex ſit objectum petitionis hæreditatis, hæreditas ipſa, & præſtationes, quas diximus, perſonales, quatenus illa petitur, actionem iſtam ait in rem eſſe, utpote quæ naſcatur ex jure dominii, eique ſoli competat, qui ſe hæredem, id eſt, hæreditatem ſuam, eſſe in-

ſit: quatenus vero eadem actione hæres petitur, ut præſtari pretia rerum venditarum, eave, quæ debitoribus hæreditariis exacta ſunt, eſſe eam in perſonam, atque ex contrario principio, jure ſcilicet obligationis oriri. Simili modo cum actio, verbi cauſa communi dividundo, duplex quoque objectum habeat, diviſionem rei communis, & mutuas quaſdam item præſtationes, fructuum, impenſarum, damni dati; *l. 3. §. 3. comm. divid*, ait, quatenus propter diviſionem rerum agitur, actionem hanc in rem eſſe, quatenus propter alias cauſas, in perſonam: unam autem actionem mixtam, in qua producenda quæ diverſæ cauſæ diſtinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego vero non dubito, quin totum hoc falſum ſit: quia ſic non una actio, ſed duæ omnino diverſæ & diſtinctæ pro diverſis rebus obtinendis conſtituuntur; quod veterum nemini in mentem venit. Sed quod aute dixi, petitio hæreditatis natura & eſſentia ſua actio in rem eſt; quod & nomen ipſum ſatis arguit, *l. 28. ff. h. tit.* Præter naturam aut actionem in rem accidit in hac actione, quæ de univerſitate eſt, ut in eam quoque veniant quædam præſtationes perſonales, non proprie ex præcedente aliqua obligatione, qua facto ſuo ſe obſtrinxerit poſſeſſor hæreditatis; quem conſtat quaſi in rem ſuam gerentem nemini ſe obligare voluiſſe: *l 14. §. 1. comm. divid.* ſed quarum nomine is, qui petitione hæreditatis convenitur, perinde ac quisque, qui ſe obligavit, tenetur: hoc eſt, etiamſi, exempli gratia, pecuniam exactam non poſſideat, nec dolo poſſidere deſierit, *l. 20. §. ult. de hær. pet.* & omnino ut debitor generis, non ſpeciei: atque hoc demum reſpectu mixta perſonalis hic actio dicitur in *l. 7. C. de hær. pet.* Contra actiones familiæ erciſcundæ & communi dividundo in perſonam ſunt, non deſcendentes ex dominio ſimul & obligatione, ſed ex obligatione duntaxat, quam una parit rerum ſuſcepta communio, quæque non minus ſocium obligat ad patiendam rerum diviſionem, ad judicationesque & condemnationes, quam ad præſtationes lucri, damni, impenſarum, manentem in communione. Tantum quia conſortes de re ſua aguut, hoc eſt, parte ſua inſtar eorum, qui rem vendicant, ideo dicuntur hæ actiones mixtam cauſam obtinere videri, tam in rem quam in perſonam, *d. §. 20. inf.* De actione finium regundorum expreſſe teſtatur Paulus, in *l. 1. fin. reg.* in perſonam eam eſſe, licet & ipſa certo reſpectu pro actione in rem ſit, ut initio diximus. Minus autem

9 ferendi ſunt, qui actiones, quæ in rem ſcriptæ dicuntur, qualis verbi cauſa eſt actio quod metus cauſa, *l. 9. §. ult. quod met. ca.* aut perſonales non eſſe contendunt, aut eſſe mixtas non diſſimili ſenſu, quam quo ſuperiores. Nam actionem quod metus cauſa in perſonam eſſe, expreſſe traditur in *§. præterea 31. inf. eod.* & palam eſt, eam eſſe ex obligatione, obligationem ex maleficio, quod facinus appellatur in *l. 14. §. quod ſi 11. quod met. ca.* quod autem ſcripta in rem dicitur, non hanc habet ſignificationem, eam in rem eſſe, naſcive ex aliquo jure, quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem poſſeſſorem ſequatur: ſed indefinite de eo, quod metu geſtum eſt, conceptam eſſe ſine deſignatione perſonæ, ad quam verba actionis dirigantur, ut hoc explicat Ulp. in *d. l. 9. §. 1. & ult.* atque ex uſu veterum in hujuſmodi orationibus obſervarunt viri eruditi, *Duar. ad l. 7. §. pactorum, ff. de pact. & ad tit. quod met. ca. cap. 3. Donell. hoc loco, & 15. comm. 38.*

Cum eo qui obligatus] Deſcriptio actionis in perſonam exprimens definitionem, quæ traditur in *l. actionum 25. ff. hoc tit.* ut ſit actio, qua cum eo agimus, qui obligatus eſt nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Quæ definitio clare oſtendit, cui & adverſus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum cum cauſa hujus actionis ſit obligatio. Obligatio autem inter duos intercedat, inter eum, qui obligatum habet, & qui obligatus eſt; quorum ille creditor, hic debitor dicitur, ſponte hinc ſatis intelligimus, dari hanc actionem ei, qui alium obligatum habet, in eum, qui obligatus eſt. Et notandum, quod hæc actio & eidem ſemper & adverſus eundem detur. Quod adverſus eundem ſemper locum habeat, ut ſcribit J.C. in *d. l. 25.* initum non eſt: neque enim obligatio à perſona debitoris ſeparari, aliusve debitor invito creditori ſubſtitui poteſt. Verum obligatio debitorem ſequitur, ut lepra leproſum *Interpp. hic.* Sed & quod eidem ſemper detur, nec alii, quam primo creditori, ex eadem ratione itidem eſt; nam nec obligatio ab eo, cui primo acquiſita eſt, avelli poteſt, ſed in perſona ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione naſcitur. In ſumma obligationes atque actiones perſonales ita comparatæ ſunt, ut in perſona utriusque contrahentium eas radicari oporteat: adeo ut nec ab initio expreſſa conventione fieri poſſit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, *§. eo 4. & 18. de inut. ſtip. l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. ſtip. de V. O. l. 11. de obl. & act.* licet poſterius hoc ſuas habeat exceptiones, de quibus dictum. *§. 19. ſupr. dicto tit.* 10

At enim vero etſi ex ratione juris creditor nomen 11 alienare non poteſt hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales, & quæ dominii noſtri ſunt à nobis transferuntur, receptum tamen eſt, ut poſſit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut verbi cauſa ex vendito conveniri poſſit, ut actiones ſuas cedat, quo facto emptor procurator in rem ſuam conſtituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem ſuam exerceat.

Sed & non ceſſis actionibus placuit emptorem ſuo nomine utilibus experiri poſſe. Quod benigne conſtitutum eſt, quo plenius emptori cæteriſque con-
12 ſuleretur, *l. 16. ff. de pact. l. 5. l. 8. C. de hæred. vel act. vend. l. 18. C. de legat.* de quo fuſe & ſubtiliter diſſerit Bachov. *de action. diſp. 4. theſ. 2. & 3.* In actione in rem utrumque contrario modo ſe habet; nam cum ea non ex alia cauſa naſcatur, quam ex dominio aut ſimili in rem jure; hoc autem jus à domino una cum re ipſa totum ac directum in alium transferri queat: inde neceſſario evenit, ut non ſemper itidem, ſed ei ſemper qui noviſſime rei, de qua quæritur, dominium nactus eſt, in rem actio, & quidem directa detur. Similique modo cum res, quam hac actione perſequimur, ad illum atque alium poſſeſſorem tranſire, atque ut Jaſon hic loquitur, per mille manus ambulare poſſit, accidit quoque, ut actio in rem non ſemper adverſus eundem locum habeat, ſed adverſus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem poſſidet, *d. l. 25.* atque hinc etiam oritur formularium & intentionum diverſitas; nam formula actionum in rem abſolute concipitur ſine deſignatione certæ perſonæ; *Ajo, hanc rem ex jure Quiritium meam eſſe*: in perſonalibus autem relata eſt & directa in perſonam rei; *Ajo. te mihi centum dare oportere.*
13 Petimus autem hac actione, quod nobis ex obligatione dandum vel faciendum eſt: quod & ipſum quoque definitione ſuperiore continetur. In obligationibus faciendi petitur id, quod intereſt; in actionibus generalibus, pro ſocio, negotiorum geſtorum, tutelæ, ratio adminiſtrationis & reliqua. Non ſufficit vero ut actor generalem proximam cauſam actionis intentione ſua complectatur, puta quod reus ei obligatus ſit decem, dare, aut obligatus ſit, ex contractu aut quaſi, ſed addenda cauſa propria; *Ajo, te mihi dare oportere decem, quæ tibi dedi mutua.* In actionibus in rem ſufficit cauſam communem dicere, hoc eſt, ſe dominum eſſe, etſi non adjiciat ex donato, legato aut ſimili cauſa. Ratio varietatis hæc eſt, quod qui ſe dominum dicit, ſatis dicit de jure ſuo, unde ſcire poſſit adverſarius, utrum ſibi expediat contendere, nec ne. At in actione in perſonam niſi cauſa obligationis propria exprimatur, nihil de eo reus ſtatuere poteſt. Plane nomen actionis libello complecti nihil neceſſe eſt, cum id appoſita certa & convenienti agendi cauſa ex ipſa narratione ſatis intelligatur, *add. Gail. 1. obſerv. 61. Schneid. hic n. 110. & ſeqq. Don. ad l. 3. C. de edend.*

Vel ex contractu vel ex maleficio] Subaudi, vel quaſi ex contractu, vel quaſi ex maleficio. Nihil enim frequentius eſt, quam ut appellatione contractus etiam quaſi contractus, appellatione maleficii etiam quaſi maleficium comprehendatur, *§. 10. §. 18. & ſeq. inf. hoc tit. §. 1. inf. de perp. & tempor. action. l. 16. de neg. geſt. l. ex contractibus 49. de obl. judiciali.* Atque hæ quidem ſunt cauſæ principales, ex quibus inter obligatio atque actio in perſonam oritur: ſed tamen non ſunt ſolæ. Occurrunt enim quædam actiones, quæ etſi in perſonam ſunt, tamen nec ex contractu nec ex maleficio originem trahunt, ſed ex ſola æquitate dantur, quales ſunt in factum ſubſidiariæ, *§. ult. ſupr. de leg. Aquil. l. 23. §. item quæcumque l. cum autem 52. de rei vindic.* Hujus generis item eſt actio de tigno juncto in duplum, adverſus eum qui bona fide junxit, *d. l. 23. §. penult. l. 7. §. cum in ſuo 10. de acq. rer. dom.* Item quæ datur in ſpecie *l. ſi & me & Titium 32. de reb. credit.* & condictio ſine cauſa aut ex injuſta cauſa qua tenetur poſſeſſor malæ fidei nomine conſumptorum fructuum, *l. 3. C. de condict. ex leg.* Sed neque actio de peculio proprie dici poteſt deſcendere ex contractu, quia dominus aut pater revera nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque actio perſonalis eſſe dicitur, *l. 3. §. 3. ad exhibend.* quam tamen nec ex contractu, nec ex maleficio, nec ex ſimili aliquo facto obligatorio naſci conſtat: ſed dari tantum ob ſummam æquitatem conjunctam cum utilitate publica & civili, quia ſcilicet quiſque tenetur præſtare, quod illi nullo modo noceat, alteri etiam proſit ad obtinendum quod ſibi debetur, *l. 2. §. 5. in fin. de acq. pluv. arc.* Pulchre *Oldend. Claſſ. 3. dict. 1. quæſt. 2.* Poſtremo nec omnis obligatio aut actio, quæ ex conventione eſt, ex contractu deſcendit; veluti quæ naſcuntur ex pactis legitimis: atque hæc forſitan cauſa eſt, cur Cajus, in *l. 1. pr. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cum contractus & maleficii mentionem feciſſet, reliquas dicat naſci proprio quodam jure ex variis cauſarum figuris: reviſe quæ notamus *ſupr. ad §. ult. de obl.*

Dare aut facere oportere] Verba ſunt vulgaris & uſitatæ in actionibus in perſonam formulæ; in qua verbum *dare* dominii tranſlationem ſignificat, *§. 14. infr. l. ubi autem 75. §. ultim. de V. O. l. 25. §. 1. de contr. empt.* facere, nudum factum, ut inſulam ædificari, rem tradi, *l. 28. l. 72. in pr. d. l. 75. §. 7. de V. O.* uti & in diviſione ſtipulationum, *l. 2. pr. d. titul. §. ult. Inſtit. eodem.* Ait *dare aut facere* disjunctim, ſicut etiam in *§. 15. inf.* quo tamen non hoc ſignificat, intentionem formulæ actionum in perſonam duplicem eſſe oportere; quaſi neceſſe ſit utrumque ſemper oppoſitum uno axiomate disjunctim diſponi, formulamque hoc modo concipi, *Ajo te mihi dare aut facere oportere*: ſed duas eſſe diverſas harum actionum formulas, quarum una intendamus adverſarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus eſt. Putaverit fortaſſe quiſpiam, cum ex faciendi obligationibus nunquam agi poſſit ad factum ipſum, ſed id tantum, quod intereſt, in actionem deduci, *l. 13. §. 1. de re judic. d.*

dic. d.

patriam d. l. 72. in fin. pr. de V. O. §. ultim. Inſtit. ſup. eo-ſtan-der titul. fieri non poſſe, ut unquam tali formulæ locus ſit, qua facere oportere intendatur: nam præſtare, id quod intereſt, non eſſe facere, ſed dare, ut quidem hoc loco verba iſta accipienda ſunt. Sed recte dicemus, hac formula *Ajo te facere oportere*, nudam contineri intentionem actoris, quæ litem conteſtatam præceſſerit. Utique enim quod promisſum erat, ſignificandum fuit, atque apud prætorem proponendum: & quia fieri poterat, ut reus promisſum negaret, haud dubie à prætore quoque inſertum fuit formulæ, hoc forte modo, *ſi paret Mævium facere debuiſſe, nec feciſſe, quanti intereſt, condemnetur*: prætore ex hypotheſi facti promiſſi & probati dirigente juſſionem, de condemnando non in ipſum factum, ſed in id, quod intereſt. Poteſt & mixta hic admitti formula *dare facere*, ut dare accipiamus tanquam ſubrogatum τῷ *facere*, & ad id quod intereſt, referatur.

16 *Aliis quibusdam modis*] Id eſt, aliis agendi formulis: Nam illæ, quibus intendimus adverſarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in perſonam; ſed pleriſque & maxime quibus dare, iis, quæ in ſpecie dicuntur condictiones: ſunt vero & aliæ aliis in perſonam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur, proprie, nec ut fiat, petimus; ſed quibus verbi cauſa intendimus adverſarium tradere aut reſtituere oportere, ut in actione commodati, depoſiti, pignoratitia. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula, *Ajo te facere oportere*, tam late accipi poſſe, ut eo contineatur etiam rei traditio aut reſtitutio; alioqui hujus formulæ uſus quoque eſſet in rei vendicatione. Sed ut ante dixi nudum factum ſignificat: quod commemoratur quidem ab eo, qui agit ex obligatione faciendi, tanquam quod præſtari oportuit; ſed intentio tantum dirigitur in id, quod intereſt, quod ſecus eſt in actionibus modo commemoratis. Et ex diverſo cum is, qui rem commodat, deponit, oppignerat, dominus maneat certum eſt, nec contrariæ formulæ locum eſſe, neminemque poſſe per actionem commodati, depoſiti, pigneratitiam, intendere dari ſibi oportere. Sed & in actionibus diviſoriis, quas perſonalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, *§. quadam 20. inf. eodem.* Quamobrem recte opinor Theophilum verba Juſtiniani & aliis quibusdam modis reddidiſſe, καὶ ἑτέροις δὲ τρόποις δυνατὸν γενέσθαι τὴν ἀγωγήν. *Sed & aliis modis talis actio intentari poteſt.* Durum certe eſt verba iſta referre ad illa remotiora ex contractu vel ex maleficio, quaſi cæteras obligationum cauſas indicent præter contractus & maleficia, *add. Bacchov. hic, & diſp. 4. d. theſ. 1.*

17 *Qui nullo jure obligatus*] Sequitur deſcriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rurſus definitionem ejusdem actionis traditam *in l. 25 ff h. t.* ut ſi actio per quam rem noſtram, quæ ab alio poſſidetur, petimus: & ſemper adverſus eum eſt, qui poſſidet: unde nullo iterum negotio intelligi poteſt, cui & adverſus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait, *nullo jure*, id eſt, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto aut jure, cujus vi perſona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur: ut intelligamus, non eſſe inter perſonam ejus, qui in rem agit, ejusque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis eſt inter creditorem & debitorem proprie dictum: ſed actioni in rem locum facere ſolam rem poſſeſſam, non vinculum aliquod perſonale.

Quo caſu prodita ſunt actiones in rem] Cum non ex obligatione, ſed alia ex cauſa, jure ſcilicet in re, judicio experimur, non in perſonam, ſed in rem actio eſt, cujuscumque generis jus illud ſit, ſive dominium directum aut utile, ſive ſervitus, ſive poſſeſſio, ſive pignus. Etſi enim dominium ut principale jus in re præcipua eſt actionis in rem cauſa, & ideo quæ inde naſcitur actio, per antonomaſiam actio in rem & rei vindicatio abſolute dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit, hæc ipſa intelligatur, *tit. ff. & C. de rei vindic.* Non eſt tamen cauſa actionum in rem ſola, ut apparet ex §§. qui proxime ſequuntur, niſi forte appellatione dominii latius ſumpto vocabulo, cætera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantum in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa, & ſcilicet principalis illa, quæ non alii competit, quam vero rei domino, *l. 23. ff. de rei vend.* Igitur emphyteutæ & ſuperficiario, qui veri domini non ſunt, non datur: at his datur in rem utilis, *l. 1. §. 1. ſi ag. vect. l. 74. de rei vind.* Nimirum propter aliud jus, quod in re habent; quod ſive dominium utile, ſive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitæ eadem omnia obtinent, quæ in indirecta.

Rem corporalem poſſideat, quam Titius ſuam eſſe. &c.] Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda ſunt; à parte actoris, dominium; à parte rei conventi poſſeſſio; id quod oſtendit tum hic locus, tum *l. 25. in princ. ff. eod. l. 23. in pr. junct. l. 36. & ultim. ff. de rei vind.* Primum, quod hic intendit actor & probare debet, eſt, ſe dominum eſſe: etenim cauſa petendi, in actione in rem tota fundata eſt in jure dominii, ex quo & formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret, rem petitoris eſſe.* Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud dubitationem habet, an ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, neceſſe ſit, ut tempore litis conteſtatæ dominus ſit, an vero ſufficiat, ante ſententiam dominium ei ſuperveniſſe. Jure Canonum 18

num res definita eſt, nimirum poſſeſſorem nihilominus condemnandum eſſe, *cap. Abbate x. de re jud. in 6.* At quæritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro exiſtimo, ex ratione juris civilis nova hic opus eſſe interpellatione, per expreſſ. text. *in l. 23. ff. de judic.* qui locus non patitur, ut dicamus, tempus, quo dominium ſupervenit, fictione juris retrotrahi ad tempus impetratæ actionis aut ſuſcepti judicii: & bene idem Faber judicat, non procedere argumentum à reo, qui poſt litem conteſtatam poſſidere cœpit, ad actorem, qui poſt id tempus dominus factus ſit: nam ex parte actoris potiſſimum judicium fundatur & res in judiciũ deducitur: non poteſt autem dici, in judicium deductum eſſe id, quod demum poſt acceptum judicium actor acquiſivit, ac proinde nec poteſt judex datus in hac ſpecie procedere ad condemnationem; ſed nova formula à prætore impetranda, novumque conſtituendum judicium eſt, *d. l. 23. junct. l. 18. ff comm. div.* Plane, ubi apud ipſos magiſtratus judicium inſtituitur, quod poſt *l. 2. C. de ped. jud.* fere neceſſarium fuit, nihil vetat, quominus ſine ambagibus, recta & eodem judicio, lis decidatur, & poſſeſſor in hujuſmodi caſu condemnetur. Et cur vero abſolveretur mox alio judicio ab eodem condemnandus? continuatio certe dominii in perſona actoris præciſe requiritur: nam ſi is poſt litem conteſtatam dominus eſſe deſierit, & in eadem cauſa manſerit, usque ad tempus ferendæ ſententiæ, reus omnino abſolvendus eſt, utpote ceſſante cauſa agendi, cujus non minus tempore ſententiæ, quam quo lis conteſtatur, ratio habetur: per *l. 7. §. ult. ff. ad exhib. ita & Jaſ. hic num. 69.* ex communi DD. ſententia. Alterum, quod ad inſtituendam & fundandam actionem in rem neceſſarium eſſe diximus, eſt, ut is, cum quo agitur, poſſideat. Nam cum hac actione agens rem ſibi ut domino reſtitui poſtulet, & ſecundum naturam hujus actionis, quæ arbitraria eſt, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quam ſententiam ferat, jubeat rem reſtitui; *§. præterea 31. inf. eod.* non poteſt aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi reſtituere, qui reſtituendi poteſtatem non habet: nemo autem habet, niſi is, qui rem petitam poſſidet. Sufficit vero ad reum condemnandum, poſſidere eum, quo tempore res judicanda eſt, etſi non poſſidebat, cum lis conteſtaretur, *l. 27. §. 1. de rei vind.* Poſſeſſionem autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentatores, id eſt, qui corpore tantum rem tenentes ejus reſtituendæ facultatem habent; quales ſunt, apud quos res depoſita, aut quibus commodata eſt, aut qui conduxerunt, &c. *l. 9. ff. de rei vind.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in poſſeſſione ſunt, actionem excipere, *l. 2. C. ubi in rem. act.* Interpretatione juris pro poſſeſſore quoque habetur, qui ſe liti obtulit, judiciumque accepit decepto petitore, *l. 7. l. 27. & ſeq. ff. de rei vind.* item is, qui dolo fecit, quominus poſſideat, *l. 22. l. 27. §. 3. l. 36. d. t. l. 25. § 8. de hær. pet.* De quo res poſtulat, ut plura dicamus, & ſimul quid juris, ſi dolus non intervenerit. Si reus, cum jam lis conteſtata eſſet, poſſeſſionem amiſerit, ſi quidem ſine dolo malo aut culpa, abſolvendus eſt, eoq; pertinet *d. l. 27. § 1.* ſi culpa ſua, pati debet æſtimationem; ita tamen, ut audiendus ſit, ſi deſideret, ut adverſarius actiones ſuas cedat. *d. l. 36. §. 1. junct. l. 63. eod. tit.* ſi dolo vel fraude, damnandus eſt, quantum adverſarius in litem juraverit, nec auditur deſiderans actiones ſibi præſtari, *l. 68. & l. ſeq. eodem.* Non eſt autem dubitandum, quin judex perinde hic procedat, ac ſi is, unde petitur, adhuc vere poſſideret, ſcilicet ut, quæ natura eſt hujus judicii, primum jubeat rem reſtitui, & ſi non reſtituatur, tum ſequatur ea, quam dixi, & eodem judicio, condemnatio: poſtquam placuit dolum pro poſſeſſione eſſe, & pari in omnibus jure utrumque cenſeri, eum, qui quid habet vel poſſidet, & cujus dolo factum ſit, quo minus poſſideat, *l. 131. l. parem 150. l. ad ead. 157. §. 1. de reg. jur. facit l. 20. §. ult. de hæred. pet.* Proinde tantũ non nugas agunt, qui nova hic inſtantia & judicio opus eſſe contendunt hoc ſolo argumento, quod adverſus eum, qui dolo poſſidere deſiit, non directa ſed utilis actio detur, *l. 3. §. ult. de alien. jud. mut. ca.* Equidem fateor, id ita eſſe, cum ante litem conteſtatam dolo poſſeſſio amiſſa eſt: ubi vero ſemel judicio incluſa eſt actio, uti cœpta eſt, ita eam peragi oportet, nec petitori nocere debet doloſi factum poſſeſſoris. Porro cum ſuperiores regulæ & ſi quæ ſunt generis ejuſdem, ſimpliciter & diſtincte definiant, dolum pro poſſeſſione eſſe, eumque qui dolo poſſidere deſiit, condemnandũ perinde quaſi adhuc poſſideret; ex eo recte colligitur, non tantum eum, qui poſt litem conteſtatam dolo poſſidere deſiit, pro poſſeſſore haberi, ſed eum etiam, qui ante litem conteſtatam ſimiliter per fraudem poſſeſſionem tranſtulit; ac proinde hunc quoque judicio in rem conveniri poſſe: quæ collectio firmatur ex *l. in rem 23. §. pen. de rei vind. l. 1. §. ult de tign. junct. l. 9. pr. ad exhib.* item ex eo quod Cajus *in l. qui petitorio 39. d. tit. de rei vind.* ſcribit eum, qui in rem acturus eſt, diſpicere debere, an is, cum quo experiri vult, poſſideat vel dolo poſſidere deſierit. Atque ut nullus dubitationi locus relinquatur, textus in hanc rem expreſſus eſt *in l. 27. §. 3. §. de rei vind.* Quia vero revera is, cum quo hic actio inſtituitur, non poſſidet, ſed juris tantum interpretatione pro poſſeſſore habetur, hac conſideratione utilis hæc actio dicitur, *l. 3. §. ult. de alien. jud. mut. ca.* Unicum eſt, quod hic objici poſſit, & quo moti Jaſ. & Zaſius in contrarium abierunt, nimirum ſi cum eo, qui ante litem con-

conteſtatam dolo deſiit poſſidere, actio in rem inſtitui poſſet, fruſtra videri introductā à prætore actionem in factum edicto *de alien. jud. mut. ca. fact.* Verum hæc objectio levior eſt, quam ut tantos viros turbare debuerit: nam edictum illud non tantum pertinet ad tranſlationem poſſeſſionis, eludendæ actionis in rem cauſa factam, ſed generaliter ad omnem alienationem, quæ data opera fit in fraudem noſtram, ut eluſoria efficiatur actio, qualiſcumque ea ſit, qua metus erat nos experturos eſſe, *l. 4. §. 2. l. 8. 9. & 10. de alien. judic. mut. ca.* Nihil vero abſurdi eſt, ſi dicamus, utile judicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris ſit, utra actione experiri velit. Quinimo hoc diſerte ſatis traditum eſt *in l. 3. §. ult. d. tit.* Tantum JC. electionem actoris ita moderatur, ut ſi is, cum quo ex edicto agi poteſt, paratus ſit utile judicium pati, deneganda ſit in eum actio ex edicto, ſc. quia ea obligatione fiat, ut actoris nihil interſit. Et contrario vero concedendũ non eſt, ut utile judiciũ in rem deſugere poſſit, qui paratus ſit ſuſcipere actionem ex edicto.

Poſſeſſor autem dominum ejus ſe eſſe dicat]. Priſcis temporibus ita moris fuit, ut cum actor vindicaſſet, rem ſuam eſſe, tum poſſeſſor contra vindicaret, ut conſtat ex antiquis formulis: qualis eſt illa, quam profert Cicero *pro Murena. Fundus Sabinus meus eſt. Imo meus*: cui ſimilis illa apud Plautum *in Rudent. Hunc meum eſſe dico. Et ego item ajo eſſe meum*, vid. *Boet. in Top. Cic. Gell. 20. Noct. Att. 10. Briſſon. lib. 5. de form.* Sive autem contraria illa poſſeſſoris vindicatio olim neceſſaria fuerit, ſive ἐπὶ τὸ πλεῖον, honeſtatis forte cauſa uſurpata, certum eſt, poſterioribus temporibus ad defenſionem rei nihil deſideratum fuiſſe præter ſimplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim jure, quo nunc utimur cautum eſt, ut actore non probante intentionem ſuam reus, quamvis nihil ipſe præſtiterit, abſolvatur, inque ſuo loco poſſeſſio maneat, *l. 4. C. de edend. l. ult. Cod. de rei vind. §. 4. inſ. de interd.* ac ne ad hoc quidem poſſeſſor compelli poſſit, ut vel titulum poſſeſſionis ſuæ edat: *l. 11. C. de pet. hær.* cum tamen, qui titulum poſſeſſionis ſuæ dicit, non continuo dominium ſibi afferat: conſtetque, judicium rei vindicationis etiam conſiſtere & peragi, cum in confeſſo eſt, reum non poſſidere affectione domini, ſed alieno nomine in poſſeſſione eſſe, *l. 9. ff. de rei vind.* Abſurdum autem eſt, exigere à reo, ut quid dicat, quod aut aperte falſum ſit, aut probare non cogatur, & quo non probato nihilominus obtineat, ſi ſuam intentionem actor non impleverit. Denique nihil intereſt actoris, reum contra vindicare? Minime igitur ex eo, quod Imp. exemplum hoc loco forte profert mutuæ vindicationis, inferenda eſt juris aliqua neceſſitas, quaſi ad defenſionem poſſeſſoris omnino neceſſe ſit, ut is contra vindicet, & ſe dominum rei ejus, quæ petitur, eſſe contendat: & vulgatum eſt, verba narrative poſita non cenſeri diſpoſitiva, quando in iis principaliter ſe legiſlator non fundat, ut notatum ſupr. *§. 4. de milit. teſt.* quod hic non fit. Hæc vera eſt hujus loci & genuina interpretatio, non ſpuria depravatio, ut eam appellat Ant. Contius 1. *diſt. 12.* ſtolidi alicujus oſtentatoris. Deridet Contius, ut ineptum atque ab ignaro artis dialecticæ profectum, hoc enthymema; Si actore non probante reus abſolvitur, non cogitur reus contra vindicare: ipſe vero ſic ex contrario ratiocinatur; Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vindicare. Atqui hoc enthymemate non tollitur neceſſitas conſequentiæ, quæ eſt in ſuperiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo, quod contra non vindicaverit: nec aliter falſitatis convinci connexio partium in præcedente illo axiomate poteſt, quam ſi oſtendatur, reum, qui contraria vindicatione uſus non eſt, protinus condemnandum eſſe, licet de intentione ſua nihil probaverit petitor. Ad hoc nec Contius dicere auſus ſit: quin ipſe tacite contrarium fatetur, dum ideo reo neceſſitatem contra vindicandi imponit, quia fieri poſſit, ut actor probet: ex quo quidem efficitur prodeſſe reo quod initio litis contra vindicet, minime vero ad inſtituendam actionem non ſufficere ſimplicem rei inficiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipſum, quod contendit Contius, falſum eſſe non dubito, & poſſeſſorem, qui ſimpliciter negavit actorem dominum eſſe, non minus audiendum, ſi impleta intentione petitoris ſe dominum eſſe probare velit, quam ſi initio contra vindicaſſet, *arg. l. 9. C. de except.* Utiq; nihil hic fit contra regulas, quæ ſunt de exceptionibus in principio litis conteſtandis. Nam ſi poſſeſſor licet ſimplici inficiatione uſus, admittatur ad confutandas petitoris probationes, atque ut contra ſe dominiũ eſſe oſtendat, non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quam quod in ingreſſu litis dixerat, actorem dominum non eſſe, cum ejusdem rei duo in ſolidum domini eſſe non poſſint, *l. 5. §. ult. comm. div.* Cum autem actoris probationibus per contrarias rei eliſis perinde habeatur, ac ſi nihil probatum eſſet, hoc unum relinquitur, ut reus abſolvatur. Plane ſi poſſeſſor non tantum abſolvi ſe, ſed dominum etiam declarari velit, recte faciet, & mori judiciorum antiquo convenienter, ſi initio in lite conteſtanda dominum ſe eſſe dicat & contra vindicet, *arg. l. 18. comm. divid.* Quæ ſit petitio hujus actionis propria: ex his quæ dicta ſunt, ſponte intelligitur: cum enim hæc 19
actio ſit, per quam rem noſtram petimus, *l. 25. de obl. & act.* prius eſt ut actor intendat rem ſuam eſſe, quæ ab alio poſſidetur; ſic deinde eam petat, id eſt,

reſtitui ſibi à poſſeſſore poſtulet: ac utrumque officio judicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni ſuæ conſequitur: nam & dominum eum eſſe judex pronuntiat, remque ei reſtitui jubet cum fructibus & omni cauſa, *l. 20. l. 35. §. 1. ff. de rei vind.* Quod ſi poſſeſſor reſtituere juſſus non paret, ſequitur illa ſententia; qua condemnatur, quanti ea res eſt jure jurando actoris æſtimata, quandoque etiam manu militari poſſeſſio ab eo transfertur, *l. 40. l. 68. d. tit.*

TEXTUS.

De actione confeſſoria, & negatoria.

3. Æque ſi agat quis jus ſibi eſſe fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio eſt. Ejusdem generis eſt actio de jure prædiorum urbanorum; veluti, ſi quis agat jus ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi, proſpiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de uſufructu, & de ſervitutibus prædiorum ruſticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ ſunt actiones: ut ſi quis intendat, jus non eſſe adverſario utendi, fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, proſpiciendive, vel projiciendi, immittendive: iſtæ quoque actiones in rem ſunt, ſed negativæ. Quod genus actionis in controverſiis rerum corporalium proditum non eſt. Nam in his is agit, qui non poſſidet; ei vero, qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe. Sane uno caſu, qui poſſidet, nihilominus is actoris partes obtinet; ſicut in latioribus Digeſtorum libris opportunius apparebit.

NOTÆ.

3. Altius ædes suas tollendi] Altius ædificatur jure ſervitutis à vicino impoſitæ & ædificandi quæſitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita eſt ædificandi licentia, & vicinus ædificanti conceſſit formam præſcriptam excedere: atque hoc caſu actio eſt confeſſoria. Cæterum jure libertatis, & negatoria agitur, *l. 8. C. de ſervit.*

Sed negativæ] Paſſim negatoriæ. Actio negatoria propoſita eſt neganti ſe ſervitutem debere: confeſſoria ſervitutem ſibi aſſerenti, *tit. uſuf. pet. & tit. ſi ſerv. vind.* quod magis ex re petita, quam ex figura orationis æſtimandum.

Proditum non est] Quoniam in controverſiis rerum corporalium qui negative agit, de alieno jure, non de ſuo agit; qui negat rem poſſidentis eſſe, non continuo evincit ſuam eſſe, *l. 15. de except. rei jud.*

Ei qui possidet, non est actio prodita, &c.] De re corporali nunquam in rem actio ultro poſſidenti detur: quippe cui ſufficit, quod poſſideat, *l. 1. §. 6. uti poſſ.* Secus eſt in ſervitutibus, quarum uſus in alieno eſt.

Sane uno casu] Ita quoque Theophil. alias, *non uno caſu.* Coveanus, *Sane hoc uno caſu.* id eſt, in controverſiis ſervitutem: quomodo & in duobus codicibus Th. ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam eſſe, confeſſoriam & negatoriam, utramque in rem.
2. An hæ actiones etiam pro alio jure dentur, quam pro ſervitutibus.
3. Actiones haſce non ex figura verborum, ſed ex ſententia, & re petita æſtimandas.
4. Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut oſtendatur, bene vel male eum inter formulas confeſſorias hanc ponere, Ajo mihi jus eſſe ædes meas altius tollendi: & contrariam inter negatorias.
5. Accurata demonſtratio, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei, qui altius tollit, jure ſervitutis conſtituta competat.
6. Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam non eſſe, & quare.
7. Cur eadem prodita in rebus incorporalibus.
8. Cur in rebus corporalibus actio ultro poſſeſſori non detur. Hottomanni correctio & diſputatio confutatur.
9. Fruſtra eſſe omnes, qui unicum illum caſum, de quo in hujus §. calce, quærunt.

Æ*que ſi agat quis*] Reſpicit ad id, quod dixit §. præcedenti, *veluti ſi rem corporalem poſſideat quis*

quis

quis &c. quaſi dicat, etſi modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habui, ſciendum tamen eſt, etiam rerum incorporalium nomine, quæ noſtræ ſunt, actionem in rem comparatam eſſe; nempe de uſufructu & cæteris ſervitutibus.
1 Et obſervandum eſt, quod in hoc genere rerum non una tantum actio prodita ſit, ut in controverſiis rerũ corporalium, ſed duæ diverſæ, una ſervitutem ſibi competere aſſerenti, altera neganti ſervitutem ad aliũ pertinere: qua ſervitus aſſeritur confeſſoria; qua ad alium pertinere negatur, paſſim negatoria à prudentibus vocatur, *l. 2. ff. ſi ſerv. vind.* interdũ negativa, *l. 5. ſi uſuf. pet.* & à Juſtiniano hoc textu. Ambæ in rem utpote quibus rem noſtram petimus, aut ſervitutem vendicando aut rei noſtræ perſequendo libertatem. Hinc & duplex horum tit. *ſi uſuſf. pet. vel ad alium pert. neg. ſi ſervitus vind. vel ad al. pert. neg.* inſcriptio, & concepta iis verbis, quibus actio in rem ſignificatur, ſcilicet petitionis & vindicationis, *l. 25. & l. 28. de obl. & act.* Servitutum quædam ſunt perſonarum, ut uſus & uſusfructus, quædam rerum ſive prædiorum, *l. 1. ff. de ſervitut.* & quæ prædiorum ſunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam prædiorum ruſticorum. Sed de ſervitutibus ipſis tractare aut de earum conſtitutione, non eſt hujus loci: pertinet ea tractatio ad ſecundũ juris objectum, actumque de iis *ſupr. lib. 2. tit. 3. & 2. ſeqq.* Quod vero exempla ſingulorum generum hic proferuntur; id eo tantum fit, ut intelligamus, de omnibus actiones in rem quas diximus competere: nec eſt de eo ulla controverſia. Verum illud quæritur, an
2 non præter ſervitutes, quæ ſolæ hic commemorantur, ſint alia quædam jura, quorum tuendorum cauſa ſimiliter ut pro ſervitutibus actio confeſſoria aut negatoria jure noſtro comparata ſit; veluti ut quis jurisdictionem ſibi aſſerat, aut ad alium pertinere neget. Et bene Vaud. *1. var. quæſt. 27.* probat, non eſſe. Nam ſi plura ſunt harum actionum habilia objecta, cur ſolæ nominantur ſervitutes? aut cur confeſſoria & negatoria, ut uſusfructus & ſervitutum actiones propriæ, à J.C. proponuntur? *l. 1. l. 4. fere per tot. ſi ſerv. vind. l. 5. ſi uſufr. pet.* quibus in locis obſervare licet, hæc, ut ἰσοδυναμοῦντα, ſæpe inter ſe permutari, actio confeſſoria aut negatoria, & actio de ſervitutibus. Infantiam ſuam produnt in rebus ad formam ac conſtitutionem reip. Romanæ pertinentibus, qui putant, potuiſſe etiam magiſtratus populi Romani hujusmodi actione aliqua, ſaltem utili, ſuam ſibi defendere & vendicare jurisdictionem: nam ut actio nobis competat, neceſſe eſt rem, quam petimus in bonis noſtris eſſe, *arg. l. rem 52. de acq. rerum dom.* id eſt, vel noſtram eſſe, vel nobis debitam, *l. bonorum 49. de verb. ſign.* quod & oſtendit actionis definitio, ut ea à nobis explicata eſt. Jurisdictio autem non erat res magiſtratuum propria aut pars eorum patrimonii: ſed ex conceſſione tantum principis aut populi magiſtratus omnes nec ultra annum eam exercebant, ut ridiculum ſit exiſtimare, pro ea ſibi tuenda actionibus experiri potuiſſe. Plane hodie, poſtquam jurisdictio facta eſt patrimonialis, poſſunt actiones de ſervitutibus ad eam quoq; vendicandam accommodari per extenſionem, ut principes, comites, ſive alii, qui cum territorio jurisdictionem perpetuam habent, pro ea ſibi aſſerenda utili confeſſoria experiantur contra eos, qui exercitionem ejus impediunt; quæ & communis eſt Interpp. ſententia teſte Soarez *recept. ſent. n. 52.* adde *Gail. 2. obſ. 66.* *Schneid. hic n. 11.* Illud monendi ſumus, nomina harum actio- 3
num non tam ex conceptione verborum intentionis quam ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata eſſe. Nam ut ex definitione utriusq; actionis conſtat tradita *in l. 2. §. 1. ſi ſerv. vind.* & exemplo propoſito *in l. 4. §. competit. 7. eod. tit.* quisque intendit ſervitutem ſibi competere, confeſſoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etſi oratio verbis negativa eſt; & qui vi ipſa negat, rem ſuam ſervire, agit negatoria, etiam ſi verbis affirmantibus intentio concepta ſit. Intendit ergo aliquis habere ſe jus altius tollendi invito vicino, negatoria utitur, etſi oratio affirmativa eſt, quia re ipſa negat, ſervitutem ſe vicino debere, ſive vicino jus eſſe prohibendi, quo minus ædes altius tollat: quo modo ſi concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. Ex contrario, agit aliquis, jus vicino non eſſe ædes ſuas altius tollere, hic agit confeſſoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia ſervitutem ſibi competere contendit, ſive jus ſibi eſſe prohibendi ne vicinus altius ædificet, quæ intentio, etiam figura orationis, affirmativa eſt, *d. l. 4. §. 7.* Atque hoc quidem eſt in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumſcripta eſt: quod ſi certa altitudo publice conſtituta ſit, ſupra quam ædificare invito vicino non liceat, eveniet nonnunquam, ut & prior formula, uti verbis affirmata eſt, ita & re ipſa ſit, & vendicandæ ſervituti per confeſſoriam accommodata: & contra poſterior, ut verbis negat, ita ſententia verborum negatoriam contineat, qua ſervitus negetur, aſſeratur libertas, ut mox clarius apparebit.

Ius ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi] Si verum eſt, 4
quod modo diximus utrum actio pro confeſſoria aut negatoria habenda ſit, magis ex ſententia verborum & re petita æſtimandum eſſe, quam ex orationis figura, videri poteſt Tribonianus deceptus formularum conceptione hic aliquid turbaſſe, ac per incuriam formulam hanc, *Aio mihi jus eſſe altius ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confeſſoriatum conjunxiſſe, quibuscum nihil commune habet, præter externam verborum formam. Et contra paulo poſt

poſt actionem, per quam intendo, jus non eſſe vicino altius tollendi, eodem errore, quia verbis negativa eſt, conjunxiſſe cum negatoriis. Nam ſecundum ea quæ diximus, ut prior illa vi ipſa negatoria eſt, quia qui ea utitur, nullam ſervitutem ſibi vindicat, ſed effectu negat, ſe alteri ſervitutem altius non tollendi debere: ita contraria, qua agens negat, vicinum jus habere altius tollendi, effectu eſt confeſſoria, quia ſervitutem iſtam ſuis ædibus à vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine à Gloſſa & Hotomanno reprehendi, nec non noviſſime à Bachovio, qui eo amplius *ἁμάρτημα* iſtud Triboniano potius condonandum contendit, quam admittendas eſſe inanes quasdam conjecturas, quæ pro defenſione Triboniani afferuntur excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi ſervitutis ſibi conſtitutæ confeſſoria vindicare poſſit: aut contra quo quis jure libertatis ædium ſuarum negatoria agat, jus eſſe vicino tollere ædificium ſuum. Et ſane ſpecies, quæ à Gloſſa proponitur, exemplum manifeſtum eſſe negatoriæ, nempe ſi cum vicino eſſet in quaſi poſſeſſione juris, ne ego altius ædificatum babeam, agam, jus mihi eſſe altius ædificatum habere, quam palam eſt, non ſervitutis, ſed libertatis vendicationem eſſe, *l. 8. C. de ſervit. l. 9. ff de ſerv. præd. urb. l. 4. §. competit. 7. ſi ſerv. vind.* Fatendum quoque eſt, non quadrare exemplum quod profert Dynus & poſt eum Jaſon *hic n. 43.* Si oneris ferendi cauſa ſervitus impoſita ſit, & vicini ædibus, quæ ſerviunt, collapſis, alter agat, ut denuo extruantur & in eam altitudinem paries erigatur, ut ſecundum legem impoſitæ ſervitutis recipiendo oneri noſtrarum ædium ſit idoneus. Hoc enim exemplum eſt vindicationis diverſi generis ſervitutis, nempe oneris ferendi, quam vindicando ſimul conſequimur, ut vicinus ædes reficere cogatur. Simili errore verſati fatemur eos, qui exemplum confeſſoriæ de hac ſervitute peti poſſe putant ex *l. 17. l. 2. de ſerv. præd. urb.* & nimirum tale; Si cum mea intereſſet vicini ædes altius tolli, forte ut per repercuſſionem lumen in meas ædes depreſſiores derivetur, vicinus mibi ceſſerit ſervitutem altius tollendi & poſtea cum eo experiar ut altius tollat: nam & hoc æque alienum eſt. Ut enim formulæ confeſſoriæ, de qua agimus, locus ſit, quærenda ſpecies ſervitutis non ab eo debita, de cujus ædium ſublatione agitur, & qui ob id ipſe cogi poteſt ſuas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quanquam dari talem ſervitutem poſſe non exiſtimo per *l. 15. §. 1. de ſerv.* ſed ei ipſi debita, qui tollit; ac proinde qui ad ſuum commodum ædificere poſſit invito vicino; eoque non patiente ſervitutem ſibi competentem vindicare hac formula, *Ajo mihi jus eſſe ædes meas altius tollendi:* aut *licere altius tollere, l. 2. de ſerv. præd. ruſt. l. 7. §. 1. comm. præd.* Denique fateor, ſi pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rurſus conceſſa ſit, ne ſic quidem jure ſervitutis mihi poſteriore pacto conſtitutæ intendere me poſſe, licere mihi altius ædes meas tollere. Quippe cum poſteriore pacto non nova mihi ſervitus à vicino conſtituatur, ſed quæ illi à me conſtituta erat, remittatur; ut jam res mea redeat in libertatem naturalem, de qua ſi experiar, agam quidem, jus eſſe mihi altius ædificare, ſed jure rei meæ, quæ jam amplius non ſerviat, ac proinde actione negatoria, *d. l. 2. §. 1. & d. l. 4. §. 7. ſi ſerv. vind. junct. l. 8. C. de ſervit.* Idemque dicendum eſſe, ſi vicinus, quod juris contra me longa quaſi poſſeſſione ſive præſcriptione quæſierat, poſtea remiſerit. Et hactenus quidem nihil recte pro Triboniano. Sed eſt aliud, cujus paulo ante mentionem feci, quod ad defenſionem ejus adferri poteſt, non in vana aliqua conjectura poſitum, ſed ſubnixum manifeſta autoritate conditorum juris, quam fruſtra conatur eludere Bachovius, ut fuſe probavimus in exegeſi, *§. 1. ſupr. de ſerv. præd.* quamobrem hic erimus breviores. Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei, qui altius tollit, jure ſervitutis conſtitutæ competat, patet ex Cajo *l. 2. de ſerv. præd. urb.* qui eo loco diſerte dicit jus altius tollendi eſſe jus urbani prædii, atque hoc ipſum jus, ut ſervitutem diverſi generis, ſegregat à jure non extollendi. Idem facit Paul. *l. 1. d. tit. & l. 7. §. 1. comm. præd.* item Neratius *l. 2. de ſerv. præd. ruſt.* ubi apertiſſimis verbis ruſtici prædii ſervitutem eſſe pronuntiat, *licere altius tollere & officere prætorio vicini.* Loquitur Juriſconſultus ſuo arbitratu, ex loco prædium ruſticum appellans ædificium, quod ruri eſt, non conſiderato juris effectu, cujus alioqui conſideratione etiam ædificia, quæ in agris ſunt, pro urbanis prædiis haberi ſolent, *l. 1. comm. præd. l. urbana. 198. de verb. ſign.* quod ad rem præſentem nihil pertinet, & alibi explicatum eſt. Accedit, quod in *l. 1. C. de ſervit.* reſcriptum ab Antonino eſt, ſervitutem altius ſublatum habendi ſive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa poſſeſſione acquiri poſſe. Quæ conſtitutio evertit commentum Bachovii, negantis jus altius tollendi ſervitutem dici poſſe, niſi quatenus relatio fit ad vicinum, qui altero altius ædificante, ipſe contra ædificare & luminibus ejus officere jure conſtituta ſervitute non poteſt, ut ſupradicto loco pluribus oſtenſum eſt. Hoc igitur poſito, dari ejuſmodi aliquam ſervitutem, reſtat, ut exempla proferamus. Ea nobis ſuppeditant, *l. 11. de ſerv. præd. urb. l. 1. l. pen. §. 1. C. de ædif. priv. l. 1. C. de ſervit. l. 14. de ſerv. præd. urb. Tacit. lib. 15. annal. Strabo lib. 5. Aurel. Victor. in epitom.* quibus omnino adde. *Pet. Fab. ad l. domum ſuam 61. de reg. jur.* Hi loci atque auctores

auctores nos docent, ædificiorum altitudinem olim reſtrictam fuiſſe ad certum modum, & in pleriſque civitatibus, & ipſis etiam urbibus Roma & Conſtantinopoli; quem modum excedere ædificando non liceret; deinde etiam non potuiſſe dominum in area ſua ædificare, niſi intermiſſo legitimo ſpatio à vicina inſula, ut teſtatur Pap. *d. l. 14.* Utrumque autem in vicinorum gratiam; illud propter diſcrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vicinum, quam dominum ipſum tangit, hoc ut ſaltem tantum luminis, quantum diſtantia illa afferebat, vicini haurire & cœlum videre poſſent: notum enim eſt, quo magis diſtat à vicino paries, eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere: fortaſſis etiam propter metum incendii, quo in una domo orto contiguæ quoque facile corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certũ modum ædificandi licentia, & ea, qua dixi, gratia; jus altius tollendi alias libertatis eſſe potuit, non raro item contra, impoſitæque à vicino & alteri quæſitæ ſervitutis: ſicuti & nunc eſſe poteſt, ſicubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publice conſtituta eſt, ſupra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam ſi forma præſcripta non exceditur, hactenus libere & jure rei ſuæ quiſque ædificat; poteſtque id facere etiam cum incommodo vicini, eoque obnitente: uti jure gentium ædificare quiſque poteſt in infinitum, cum nulla ædificiorum forma definita eſt, *l. 9. l. 11. de ſerv. præd. l. 8. Cod. de ſervit.* nimirum in ſuo facere quiſque, quod lubet, poteſt, dum in alienum nihil immittat, *l. 8. § 5. ſi ſerv. vind.* Proinde ſi quis hic, prohibitus à vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem, jus ſibi eſſe altius ædificandi, is ædes ſuas hactenus liberas eſſe contendit, negans ſervitutem ſe debere, utiturque ex definitione *l. 2. §. 1. d. t.* actione negatoria, non confeſſoria: ut fatendum ſit erraviſſe Tribonianum, ſi credidit pro vindicando jure altius tollendi confeſſoria agi, ſi jus illud aut plane liberum ſit, aut reſtrictum quidem ad certum modum, ſed intra quem agens conſiſtere volet. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipali formam ſive altitudinem non cuſtodire: hic jam reperiemus exemplum & actionis confeſſoriæ de ſervitute altius tollendi, & negatoriæ de ſervitute contraria non extollendi. Nam ſi vicinus mihi conceſſerit jus, invito ſe ſupra eam altitudinem ædes meas tollendi & officiendi luminibus ſuis, hoc jus ſervitus erit, qua pati debeat, quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædificare cũ incommodo ſuo: quod pati utique ſervitutis eſt, *l. 15. §. 1. de ſerv.* & proinde, ſi me impediat, quominus altius ædificem, hic locus erit actioni confeſſoriæ, qua intendam, jus mihi eſſe ædes meas altius tollere: quam ſervitutis vindicationem eſſe in ſpecie propoſita dico, cum ex jure impoſito cum vicino agam, contendamque eũ hanc mihi ſervitutem debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Ex contrario ſi vicinus nullum mihi jus ceſſerit, atque ego nihilominus ſupra ſtatutum modum ædificare incipiam, hic jam locus erit negatoriæ, qua vicinus intendat, jus mihi non eſſe invito ſe ædes meas extollere: quæ libertatis vindicatio, non ſervitutis eſt; cum hac intentione ſervitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hactenus liberæ eſſe dicantur; ut me altius ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi poteſt, ſi certum aliquod ſpatium jure publico definitum ſit, quod in ædificando intermittatur à vicini inſula, *juxta l. 14. de ſerv. præd. urb.* Atque his caſibus etiam ſervitutis, quam quærimus, locum obtinet longi temporis conſuetudo, ut ſcriptum eſt *in l. 1. C. de ſerv.* His autem, quæ diximus, non obſtat, quod prius confeſſi ſumus, ſi libertas adempta ſit pactione, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam duntaxat altitudinem ædificarem, & idem vicinus mihi poſtea conceſſerit ædificare altius, non novam hic mihi ſervitutem conſtitui, ſed conſtitutam pacto poſteriore remitti, remque meam ſic redire in priſtinam libertatem: cum enim lege poteſtas naturalis libere ædificandi ſublata eſt, licet unus è vicinis mihi ceſſerit jus altius ædificandi, quam invito eo per legem liceat: manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate reſpectu cæterorum vicinorum, quorum intereſt ædes meas altius non tolli: niſi ponamus, omnes ſimul ceſſiſſe, quo caſu concedam liberas eas fieri. Ad hujuſmodi igitur ſtatuta, facta in gratiam vicinorum, interpoſitasq; contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium uſum, ſi Tribonianus, reſpiciens formulam, qua quis intendit, jus ſibi eſſe ædes ſuas vicino invito altius tollere, confeſſoriis adſcripſit, & contrariam negatoriis nullus [illegible] ei objici poteſt: Addimus ſemper *vicinorum gratia.* Nam ſi quid præciſe conſtitutum ſit non habita ratione vicinorum, ſed ornatus tantum publici cauſa, locum habet regula, pactis privatorum juri publico derogari non poſſe, *l. 38. de pact. cum ſimil.* Vidit hoc primus Jo. Faber; diligentius expoſuere Zaſ. [illegible] Don. & noviſſime Chriſtoph. Riccius *in præmiſſ. vind. jur. c. 14.* Si cui tamen adhuc ſcrupulus hæret, eximent ea, quæ ſcripſimus ſupra memorato loco.

Quod genus actionis in controverſiis rerum corporalium proditum non eſt] Actiones in rem de rebus incorporalibus ſunt duorum generum, confeſſoriæ & negatoriæ; de rebus corporalibus generis unius, omnes ſcilicet confeſſoriæ: quanquam in harum rerum vindicatione verbo *confeſſoriæ* non utimur, quia nulla in iis eſt actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicunque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, 6

cum de ſuo jure, non de alieno agere oporteat, *l. 5. ſi uſusfr. pet.* id eſt, ita agere, ut dicat, aliquid eſſe ſuum, non autem ſimpliciter neget, eſſe alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali, ſervitute, aut rei noſtræ libertate. Eſtque in promptu hujus rei ratio: nam qui alienum eſſe negat, nihil hac intentione jus ſuum promovet; cum ſi res adverſarii non ſit, non continuo ſequatur, eam eſſe agentis, & fieri poſſit, ut ſit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura eſt, ut qui rem, quam petit, adverſarii eſſe negat, non ideo affirmet, hic quicquam ſuum eſſe: unde eſt quod inutilis hic ſit agenti negatio, ut agenti non de jure ſuo duntaxat. In ſervitutibus vero contra eſt: nam qui ſervitutem ſe debere negat, hac inficiatione vi ipſa ſimul aliquid ſuum eſſe affirmat, id eſt, rem ſuam liberam eſſe, *l. 4. §. 7. ſi ſerv. vind.* & proinde de ſuo jure, non alieno, agit, ut eſt in *d. l 5. ſi uſusfr. pet.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non ſit. Et negatoria igitur actio ipſa quoque in ſervitutibus admiſſa eſt; non ut negans, ſed ut affirmans, & ut confeſſoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

7 *Nam in his agit, qui non poſſidet*] Ratio declarans id, quod proxime dixerat, actionem negatoriam in controverſiis rerum corporalium proditam non eſſe: quia ſcilicet ſic comparatum eſt, ut in his ſolus agere poſſit is, qui non poſſidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non patitur. De quo plura paulo poſt. Indicatur autem hic alia controverſiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia; nimirum quod in iſtis is ſolus agere poſſit, qui non poſſidet: in his is etiam, qui ſit in poſſeſſione. Videamus quam recte. Si rem corporalem poſſidenti in rem actionem dari volumus, ea aut confeſſoria erit, aut negatoria. Ut confeſſoria poſſeſſori detur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam noſtram eſſe aſſerimus, nobis reſtituatur. Hæc vero intentio nullo modo poteſt convenire poſſeſſori. Ridiculum enim eſt petere, quod habeas, aut quid reſtitui ab eo, qui non habeat, ac proinde reſtituere non poſſit. Contradictionem quoque implicat, ſi quis intendat, ſe poſſeſſorem eſſe & nihilominus rem ſibi reſtitui poſtulet ab adverſario. Quod ſi contendat, rem non eſſe penes adverſarium, & tamen ab eo ſibi velit reſtitui, cum ipſa rerum pugnat natura, per quam fieri non poteſt, ut quis reſtituat, quod non habet. Negatoria quominus poſſeſſori detur, natura impedimento non eſt: nihil enim prohibet actionem ultro poſſeſſori dari adverſus turbatorem, eumve, quem ſibi poſſeſſionis controverſiam facturum metuit, ne inquietetur, exemplo negatoriæ de ſervitutibus, *l. 5. §. ult. ſi uſusfr. pet.* ſed tamen ne hæc quidem poſſeſſori rei corporalis prodita eſt, quia viſa eſt non neceſſaria, & ſufficere poſſeſſori ad ſecuritatem quod poſſideat, *l. 1. §. 6. uti poſſid.* Plane ad evincendum rem ſuam eſſe, quod quavis actione in rem agens effectu intendit, tam poſſidenti rem corporalem quam non poſſidenti, inepta & inutilis eſt negatoria: quia nemo ſe dominum eſſe, aut rem ſuam eſſe vincit, propterea quod negat eſſe adverſarii, ut dictum eſt ſupra. In rerum incorporalium ſive ſervitutum & libertatis vindicatione omnia contrario modo ſe habent: nam nec minus is, qui eſt in poſſeſſione ſervitutis, de ſervitute confeſſoria agere poteſt, quam is, qui non eſt in poſſeſſione: & contra is non minus, qui eſt in poſſeſſione libertatis, de jure ſuo experiri negatoria poteſt, quam ſi non ſit. Et hoc eſt, quod Ulp. ſcribit, in ſervitutibus poſſe eundem & poſſeſſorem juris & petitorem eſſe, *l. 6. §. 1. ſi ſerv. vind.* quod & traditur in *l. 8. § 3. d. tit. l. 5. §. ult. ſi ſerv. pet.* Naſcitur hæc diverſitas ex eo, quod rerum corporalium poſſeſſio ita comparata ſit, ut nemo eam poſſeſſori, dum rem ſuam tenet, niſi per vim, intervertere poſſit: ut adeo ſupervacuum ſit actionem ei ultro dari, cum ad ſecuritatem hoc ipſi ſufficiat, quod poſſidet, *d. l. 1. §. 6. uti poſſid.* Rerum vero incorporalium ſive ſervitutum poſſeſſio conſiſtit in nudo noſtro uſu, & alterius patientia: eſtque is uſus non rei noſtræ, quam penes nos aut in poteſtate noſtra habemus, ſed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile ſive ſcientibus ſive ignorantibus nobis hic uſus impediri poſſit. Actus mihi conſtitutus eſt in prædio alieno; patiente domino fundi aliquamdiu uſus ſum ſervitute, qui uſus poſſeſſorem me facit, *l. 3. de uſuf. l. ult. de ſerv.* poteſt tamen dominus fundum ſuum occludere, cum videtur, & hunc mihi uſum ſervitutis impedire. Tignum immiſſum habeo in parietem vicini. Ego ſum poſſeſſor, *l. 8. §. 3. ſi ſerv. vind.* totum tamen hoc in poteſtate vicini eſt, qui quoties vult, efficere poteſt, ne tignum immiſſum habeam, vel ſciente vel ignorante me tignum præcidendo vel diruendo parietem. Hæc autem res cum faciat, ut effectu nec ſervitutem poſſidere videat, certe non ita poſſidere, ut mihi ſufficiat, quod poſſideam, qui non magis ſum ſecurus, ideo merito hæc actio neceſſaria viſa eſt, qua conſequar ſervitute utendi ſecuritatem, *l. 5 § ult. ſi uſusfr. pet.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio eſt: nam & libertatis rei noſtræ poſſeſſio nudi uſus eſt, & in patientia alterius ſive vicini, qui ea nos uti liberi patitur: quam patientiam etſi aliquando præſtitit, poteſt tamen, cum vult, non præſtare, & nos vel ſcientes vel ignorantes in hac poſſeſſione turbare uſurpando ſervitutem. Quia igitur nec hic poſſidenti ad ſecuritatem ſufficit, quod poſſideat, prodita eſt, ei actio negatoria, qua ultro judicio experitur, libertatemque rei ſuæ aſſerat, hoc effectu, ne in poſterum inquietetur, ut loquitur Ulp. *in d. l. 5. §. ult. ſi uſusfr. pet.* Notandum autem, etſi poſſeſſor juris

juris ultro actionem moveat, lite tamen inſtituta, eum, qui non poſſidet, petitoris partes & onera ſuſtinere, commodo autem poſſeſſoris frui, qui eſt in poſſeſſione, ut maxime actionem ipſe inſtituerit, *l. 8 § 3. ſi ſerv. vind.* & ideo fruſtra hic nobis objici, quod à veteribus conſtanter traditum eſt, non poſſe inter litigatores aliter litem expediri, quam ſi alter petitor, alter poſſeſſor ſit, *l. inter 62. de judic. l. 1. §. poſſid. 4. inf. de interd.* Ut redeam ad propoſita verba textus: Ait Juſtinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non poſſidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat, actionem negatoriam in controverſiis rerum corporalium proditam non eſſe? Hoc nimirum, ut ſi aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari poſſit, non poſſit tamen non poſſidenti. Jam vero in iſtis rebus ſi quis agat, eum ſolum jure agere, qui non poſſidet. Ex quo ſponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vendicatione locum non habere, ſed confesſoriam duntaxat. Et poteſt etiam revera quiſque hoc per ſe intelligere, poſito eo, quod in rebus corporalibus is ſolum recte agat, qui non poſſidet. Etenim ſi dari aliquam in propoſito actionem non poſſidenti volumus, ea non alia eſſe poteſt, quā per quam rem ſuam petat; ac proinde quam & ſuam eſſe intendat: nam ſi neget, ſuam eſſe, in ſe telum torquet, ſi neget, eſſe adverſarii, nihil hoc ad probationem ejus, quod intendit, rem ſcilicet ſuam eſſe. Relinquitur ergo, ut non poſſidenti non alia actio in lite de re corporali accommodari natura poſſit, quam confeſſoria.

Ei vero qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe] Hæc pars aperte per adverſativam à præcedenti diſtinguitur, tanquam diverſum continens. Quid ergo illud eſt? Nempe hoc. In priori parte enuntiati dixit, in controverſiis rerū corporalium eum agere, qui non poſſidet: ex quo ſolo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non poſſe: ideo vero non poſſe, quia natura rerum non patitur talem actionem ad rem ſuam petendam non poſſidenti dati. Nunc ei item, qui poſſidet, eandem actionem detrahit: ſed ita loquitur, ut non obſcure indicet eſſe id ex alia cauſa, quam ea, ob quam qui non poſſidet, hac actione agere nequit: non enim naturam obſtare, quominus poſſidenti detur actio adverſus turbatorem, qua neget rem ejus eſſe, & ſic quieſcere eū per judicem jubeat, quomodo agitur interdicto, *l. 1. §. 4. & 6. uti poſſid.* ſed tamen poſſeſſorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non ſit prodita. Cur autem prodita non ſit, jam ante explicatum eſt. An ergo dabitur confeſſoria? mini me. Neque hoc ex eo, quod poſſidenti tantum detrahit negatoriam, contra mentem Juſtiniani colligendum eſt; cui ſolum propoſitum, probare, negatoriæ actionis in controverſiis de re corporali nullum eſſe uſum. Ex his jam ſatis patere arbitror, cauſam nullam eſſe, cur quæ certo hic ſcripta ſunt, mutemus, aut vel latum unguem recedamus à conſtanti librorum omnium lectione. Theophilus in paraphraſi ſic locum Græce reddidit, τῷ γὰρ νεμομένῳ οὐ δίδοται in rem. An ideo, quia paraphraſtes verba illa, *per quam neget rem actoris eſſe*, non expreſſit, ſed ſimpliciter & generaliter ſcripſit actionem in rem ei, qui poſſidet, proditam non eſſe, prorſus locus hic mutilandus & verba iſta detrahenda ſunt? Nam etſi non detrahas, tecta tamen & vera eſt loci ſententia, licet, ſi demas apertior. D. Hotom. cui tota periodus ſuſpecta eſt; locum cenſet reſtituendum hoc modo; *Ei vero, qui non poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem alterius eſſe*, aut forte *auctoris*. Sed nulla, ut ego quidem exiſtimo, neceſſitate: nam & particulæ adverſativæ *vero* ſua vis conſtat retenta lectione communi, ut paulo ante demonſtravimus, & verum eſt, actionem negativam poſſidenti non eſſe proditam, cum ſit nulla teſte *Vlp. l. 1. §. 6. uti poſſ.* Ipſe Hotomannus dum colorem inſerendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Juſtiniano culpaverat, mox laudat, ut præclare dictum ab Ulpiano. Fruſtra autem pro voce *actoris* ſubſtituas *alterius* vel *auctoris*; cum ex verbis Juſtiniani præcedentibus, & antitheſi, qua auctorem opponit ei, qui poſſidet, perſpicuum ſit, actoris verbo hic intelligi eum, qui non poſſidet; non qui nunc actor ſit, ſed qui, ſi hoc caſu agentur, actor eſſe deberet. Sic ergo adſtructa hujus loci lectione & ſententia, videamus, an recte & legibus argumentandi convenienter hic diſputet Juſtinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: Controverſia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non poſſidet, aut ab eo, qui poſſidet. Neutro autem in genere locum habet negatoria actio: Ergo in totum in his controverſiis locum non habet. Bene, ſi quid unquam. Probatio enim eſt enumeratione partium, quarum à ſingulis in aſſumptione removetur actio negatoria. Quod ad efficiendum id, quod propoſuerat, firmum & ſatis eſt. Quamobrem mirari ſatis non poſſum, D. Hotomannum, qui ſcribit, ſæpe ſe tentaſſe, aliosque etiam artifices ſe peritiores adhibuiſſe, quo hanc Juſtiniani ratiocinationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera ſententia eliceretur; ſed non profeciſſe hilum. Sic enim ille omnino exiſtimat, in priore parte aſſumptionis Juſtinianæ quæ hæc eſt, *nam in his agit, qui non poſſidet*, ſubaudiendum, *negatoria vero ſemper poſſeſſori datur.* Ut ſit hæc collectio; *Negatoria ſemper datur poſſeſſori: In controverſiis rerum corporalium ſemper agit is, qui non poſſidet. Quare in iſtis controverſiis non eſt prodita actio negatoria.* Fatemur, hujus ſyllogiſmi

propoſitionem falſam eſſe: ſed negamus, Juſtinianum ſic argumentari, aut in argumentatione ejus ſubaudiendum, quod Hotomannus exiſtimat: rectam enim eſſe, ſine illo, abunde probavimus.

9 *Sane uno caſu*] Fruſtra ſunt omnes, qui unum hunc caſum aut adhuc quærunt, aut ſe inveniſſe putant: neque exiſtimo, Juſtinianum ad quærendum unum caſum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluiſſe ad latiſſima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Weſemb. legendum hoc loco arbitrarer, *Sane non uno caſu, &c.* veluti in probandis exceptionibus, aut ſi poſſeſſor fiducia cauſæ ſuæ ultro onus probandi in ſe ſuſceperit, *l. circa eum 14. l. in exceptionibus 19. de prob.* & ſi qui ſunt ſimiles. Quod etiam verbis Juſtiniani convenientius eſt: quippe qui non ait, poſſeſſorem, rei corporalis aliquo caſu agere aut actorem eſſe, ſed partes actoris, id eſt, onus probandi ſuſtinere. Id vero non uno caſu, ſed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibusdam exemplaribus legi, teſtis eſt Æmilius Ferretus. Alii, *Sane in hoc uno caſu, ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι*, Theoph.

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis realibus.

4. Sed iſtæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & ſi quæ ſunt ſimiles, ex legitimis & civilibus cauſis deſcendunt. Aliæ autem ſunt, quas prætor ex ſua juriſdictione comparatas habet tam in rem, quam in perſonam: quas & ipſas neceſſarium eſt exemplis oſtendere. Vt ecce, plerumque ita permittit prætor in rem agere, vel actor dicat ſe quaſi uſucepiſſe, quod non uſuceperit, vel ex diverſo poſſeſſor dicat, adverſarium ſuum non uſucepiſſe, quod uſuceperit.

COMMENTARIUS.

1. *Diviſionem hic propoſitam æque principalem eſſe ac ſuperiorem: & unde ſumpta.*
2. *Legitimam quid proprie, & quid latius in uſu juris.*
3. *Prudentum non fuiſſe, actiones dare.*
4. *Non omnes actiones, quæ edicto prætoris proponuntur, eſſe prætorias.*

INſinuatur hic alia actionum diviſio, ſumpta à cauſis efficientibus remotis, jure civili ſcilicet, & jure prætorio: quæ æque principalis eſt, atque ſuperior 1
illa à cauſis proximis: nam omnes omnino actiones, ſive in rem ſint, ſive in perſonam, aut civiles ſunt, aut prætoriæ, quæ paſſim etiam honorariæ appellantur, *l. actionum 25. §. ult. de obl. & act.* Ad eundem modum atque ex iisdem cauſis dividuntur obligationes *ſup. tit. de obl. §. 1.* quæ diviſio in illo tractatu non ut hic ſecundo, ſed primo loco proponitur, & demum poſt eam altera cauſis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum refert, unde incipiatur.

Iſtæ actiones, quarum mentionem habuimus] Palam eſt Juſtinianum his verbis non intelligere genera ipſa actionum, quæ ante nominavit, ſed certas ſpecies horum generum ante expreſſas, vid. vindicationem rei corporalis, & de ſervitutibus confeſſoriam & negatiorum. Actionum in perſonam ſpeciem nullam expreſſit: itaque nec his verbis illarum aliqua ſignificatur: ſed contineri poſſunt iis, quæ proxime ſequuntur.

Et ſi quæ ſunt ſimiles] Similes ſunt ex actionibus in rem, petitio hæreditatis, *l. 1. 2. 3. de hær. pet.* confeſſoria & negatoria de ſervitutibus aliis, quam quas ſupra commemoravit: ex actionibus in perſonam illæ, quæ eandem originem & cauſam remotam habent; nimirum quæ competunt ex obligationibus jure conſtitutis aut approbatis: quæ cum innumeræ ſint, ſupervacuum putavit, aliquas exempli cauſa proponere.

Ex legitimis & civilibus cauſis] Legitimum proprie dicitur, quod ex lege, id eſt, ea parte juris, quæ 2
proprie lex appellatur in diviſione juris civilis, *§. lex eſt, ſup. de jur. nat. gent.* Sed in uſu juris latius accipi ſolet, ut eo nomine etiam id ſignificetur, quod eſt ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, puta plebiſcitis, Senatusconſultis, conſtitutionibus Principum, *l. 6. de pact. l. 7. de cap. min. l. 3. §. pen. pro ſoc. l. 14. §. ult. de præſc. verb. l. 25. §. ult. l. 3. unde legit.* Itaque actiones, quæ ex iſtis cauſis deſcendunt, omnes ſunt civiles & legitimæ. Quod addit *& civilibus*, eo comprehendere voluiſſe videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ à jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum cauſæ eædem, quæ & obligationũ, contractus ſcilicet juris gentium omnes, quaſi contractus, de quibus egit ſupra in argumento obligationum, *arg. §. 1. de oblig.* Conſulto inter cauſas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentum: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ ſunt, aut dari potuerunt. Neque enim 3
prudentum fuit actionem conſtituere, ſed an data eſſet, lege interpretari, & eam, quæ data erat, oſtendere,

l. 2.

l. 2. §. deinde 6. & §. ita in civitate 12. de orig. jur. A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis profecta eſt, quæ dicebatur legis actiones: cæterum ea non actionum conſtitutionem, ſed ex actionibus conſtitutis agendi formulam, continebat, ut aperte declarat *Pompon. d. loc.* Hoc obiter monere volui propter eorum errorem, qui putant, eam fuiſſe autoritatem prudentum, ut ipſi etiam ex cauſa aliqua actionem dare & conſtituere potuerint.

Ex ſua jurisdictione] Id eſt, ex ſuo edicto, ut paſſim alibi jurisdictio pro edicto, *l. 1. §. pen. de poſtul. l. 7. de jurisd. & ſimil.* nam edictum pars erat jurisdictionis prætoriæ, *l. 2. §. eod. 10. de orig. jur.* Enim-
4 vero non eſt argumentum actionis prætoriæ, quod prætor dicat edicto ſuo, *actionem dabo.* Solebant enim prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo ſit actio commodati, *l. 1. commod.* ſed ex duntaxat prætoriæ ſunt, quas ipſi prætores ex jurisdictione ſua introduxerunt: quod ab iis æquitate poſtulante ut plurimum factum eſt, cum actiones civiles deficerent.

Neceſſarium eſt exemplis oſtendere] Neceſſarium non abſolute, ſed cum adjuncto, ſi velimus id, quod dictum eſt, recte intelligere. Quanquam autem longe plures ſunt actionum prætoriarum ſpecies, quam quæ à Juſtiniano poſtea proferuntur: tamen ad rem, quam propoſuit declarandam, omnes recenſere non exiſtimavit neceſſarium.

Vt ecce] Indicantur hic prætoriarum in rem actionum ſpecies duæ, Publiciana, & reſciſſoria, quæ poſtea latius & ſeparatim ſuis ſingulæ paragraphis explicantur, *§. 4. & 5.*

Actor dicat, ſe quaſi uſucepiſſe] Hæc intentio eſt Publicianæ: illud, quod ſequitur, *vel dicat, adverſarium ſuum non uſucepiſſe,* pertinet ad reſciſſoriam. Illic fingitur dominium quæſitum, quod revera quæſitum non eſt: hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis eſt amiſſum.

Ex diverſo poſſeſſor dicat] Verbum *poſſeſſor* expungendum videtur: nam poſſeſſori nunquam ultro actio datur; & conſtat, de actore in utroque exemplo hic agi: niſi poſſeſſorem interpretemur, non qui nunc poſſidet, ſed qui olim poſſeſſor fuit. Utique id malim, quam cum Ruſſard. Cujac. Hotom. pro *poſſeſſor, dicat adverſarium ſuum, &c.* legere *poſſeſſorem, dicat adverſarium ſuum non uſucepiſſe.* Id eſt, dicat, poſſeſſorem eundemque adverſarium ſuum non uſucepiſſe. Quis enim ferre poſſet in oratione proſa tam inepte affectatam trajectionem verborum, tamque duram & inconcinnam conſtructionem?

TEXTUS.

De Publiciana.

5. *Namque ſi cui ex juſta cauſa res aliqua tradita fuerit (veluti ex cauſa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus eſt; ſi is ejus rei poſſeſſionem caſu amiſerit, nullam habet in rem directam actionem ad eam perſequendam: quippe ita proditæ ſunt jure civili actiones, ut quis dominium ſuum vindicet. Sed quia ſane durum erat, eo caſu deficere actionem, inventa eſt à Prætore actio, in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe uſucepiſſe, quam uſu non cepit, & ita vindicat ſuam eſſe. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio prætore in edicto propoſita eſt.*

NOTÆ.

Necdum dominus effectus] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum uſucepit. Nam ſi res uſucapta ſit, actio honoraria ei neceſſaria non eſt, cum habeat civilem, *d. l. 1. § 1.* quanquam ſi nihilominus honoraria agere ſub qualitate bon. fid. poſſeſſoris malit, hoc ei permittendum *Mynſ. n. 28.*

Directam actionem] Id eſt, quæ jure civili prodita ſit: nam jure civili in rem actio ſoli domino competit, *l. 23. de rei vind.*

Durum erat] Iniquum prætori viſum extraneum quemlibet vel injuſtum poſſeſſorem potiorem eſſe eo, qui rem ex juſta cauſa & bona fide nactus, ejus poſſeſſionem caſu amiſiſſet. Dixi *extraneum* quia juſti dominii exceptio merito Publicianæ objicitur, *l. pen. & ult. de publ. in rem act.* Cujac.

COMMENTARIUS.

1. *Juſta cauſa quæ hic accipienda.*
2. *Cur ut Publiciana competat, neceſſe ſit rem traditam eſſe: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit.*
3. *An & de rebus incorporalibus. Vbi & de bona fide &c.*
4. *An Publiciana etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari poſſit.*
5. *Cur requiratur, ut amiſſa ſit poſſeſſio & amiſſa caſu.*
6. *Cauſa hujus actionis introducenda.*

7. *Quæ ſit & qualis in hac actione petitoris intentio.*

8. *Adverſus quem detur: quid ei obſtet: tum quis ejus exitus.*

PRoponitur hic actio in rem Publiciana; ſic dicta à prætore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hic in extremo teſtatur Juſtinianus. Porro hæc diſtincte de hac actione complectitur ; qua ex cauſa cui competat; quo jure introducta; & quæ cauſa ejus introducendæ; quid in ea actor intendat. Adverſus quem competat , quod præcipue notandum erat, hic prætermiſſum eſt : quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si res aliqua] Nempe aliena, ut eſt in edicto, *l. 1. hoc tit. de Publ. in rem. act.* Hic autem illud addi neceſſe non fuit, quia poſtea ſatis indicatur illis verbis, *& nec dum ejus rei dominus effectus eſt.* Quod non aliter contingit, quam ſi is, qui tradidit, dominus non fuit: alioqui enim traditione ſtatim dominus efficeretur , qui accipit, §. *per traditionem 40. ſup. de rerum diviſ.*

1 *Ex juſta cauſa*] Juſtam cauſam accipimus eam, ex qua re à vero domino tradita ſtatim dominium in accipientem tranſiret , *l. 13. eod. in pr.* Quod intellectum ex eo, quod ſequitur in edicto, *& nondum uſucaptum petet, d. l. 1. eod.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea cauſa ſit, ut uſucapi poſſit : non poteſt autem res uſucapi, niſi tradita ſit ex iis cauſis, ex quibus dominium transferretur, ſi dominus eſſet, qui tradit, *ſup. de uſucap. in pr.* Cauſæ pluribus indicantur *d. l. 1. §. ult. & aliquot ll. ſeqq.* Hic tantum exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his cauſis præcedente ceſſabit Publiciana. Sed quid ſi juſto errore facti cauſa ſubeſſe putetur, quæ non ſit, veluti ſi quis emerit à furioſo, quem ſanæ mentis putabat ? Probarem diſtinctionem Accurſii *in l. 7. §. 2. hoc tit.* ut ex hujusmodi emptione contra furioſum quidem ipſum eundemque venditorem Publiciana non detur, per *l. 2. §. ſi à furioſo 10. pro empt.* detur tamen contra extraneum, *d. l. 7. §. 2.*

2 *Tradita fuerit*] Ut Publiciana competat, exigitur ut res tradita ſit, *d. l. 1. d. l. 7. §. pen. & ult. eod.* quod hanc rationem habet; quoniam antequam res tradita eſt, nemo ſe dominum factum prætendere poteſt: cum non nudis conventionibus , ſed traditionibus, dominia rerum transferantur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* Cæterum hoc ad eas tantum ſpecies pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut poſſeſſionis apprehenſione opus eſt: nam quibus ex cauſis dominium adipiſcimur etiam antequam poſſeſſionem nacti ſumus, ex his etiam antea Publiciana experiri licet, ut diſerte reſponſum eſt de eo, cui ex Trebelliano reſtituta eſt hæreditas, *l. 12. §. 1. h. t.* item de domino, cujus ſervus, cum in fuga eſſet, rem à non domino emit, *l. ſi ſervus 15. eod.* quibus caſibus cum uſucapio procedere non poſſit, *l. ſine 25. de uſucap.* apparet, prætenſionem dominii per uſucapionem quæſiti non eſſe hujus actionis requiſitum eſſentiale: ac proinde non eſſe perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere poſſe , niſi qui ſit in conditione uſucapiendi, licet ſecus exiſtimet D. Bachov. *diſp. 3. de act. th. 18.* Sed & hoc falſum eſſe exiſtimo, quod unquam petitor hanc actionem inſtituens expreſſe intendat aut prætendat ſe uſucepiſſe. De quo pluſcula inferius. Porro & de uſu- 3
fructu de de ſervitutibus per traditionem conſtitutis Publiciana datur, *l. 11. §. 1. h. t.* In his autem pro traditione eſt uſus ejus rei & ſervitutem conſtituentis patientia, *l. ult. de ſerv.* Plane, ſi quæ res ſit, cujus alienatio aut uſucapio jure eſt prohibita, de ea, ne ſi ex juſta cauſa tradita ſit, Publiciana competit, *l. 9. §. pen. d. l. 12. §. 4. eod.* Etenim ſi tantum ideo res uſucapi non poteſt, quia non poſſidetur adverſus dominum, ut accidit in prædiis, vectigalibus & ſuperficiariis, poteſt huic actioni eſſe locus, *d. l. 12. §. 2. & 3.* Quid enim impedit, quominus poſſeſſor rei emphyteuticæ aut ſuperficiei uſucapiat adverſus eum , qui tale jus conſtitutum habet. Azo *in ſumm. ad hunc tit. n. 15.* Illud etiam, quanquam hic omiſſum eſt, exigitur, ut res accepta ſit bona fide, id eſt ut accipiens putaverit, eum, à quo accepit, dominum eſſe, aut jus transferendi habere, *l. bona 109. de verb. ſign.* In emptore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, ſicut & in uſucapione, *l. 7. §. pen. & ult. h. t. l. 2. pr. pro empt.* de quo explicatum *ſup. de uſuc. in pr. Mynſing. hic, n. 25. Schneid. n. 41.*

Nec dum ejus rei dominus effectus] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum uſucepit, *l. 1. §. 1. hoc tit.* ubi Ulpian. ait, ſi res uſucapta ſit, actorem habere actionem civilem , nec deſiderare honorariam. Quid ergo, ſi dominus, cum difficilis eſſet, ut fere ſolet, dominii probatio, hac actione uti mallet, quam rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique ſub qualitate bonæ fidei poſſeſſoris, cum *Mynſ. num. 28. Oldendorp. claſſ. 3. action. 3.* Sed & ex quo uſus fori cumulationem actionum admiſit, eodem libello Publicianam cum rei vendicatione disjunctim proponi, & rem peti jure dominii vel quaſi dominii poſſe , recte defenditur; cum hæ actiones affines magis ſint aut diverſæ quam contrariæ : nam is, cui Publiciana competit, præſumptive dominus eſt, & falſum eſſe, quod remedia prætoria denegentur iis , quibus jure civili conſultum eſt, oſtendunt bonorum poſſeſſiones unde li- 4

beri,

beri, contra, & ſecundum tabulas. Belle *Bachov. diſp. 3. de act. theſ. 17. Gomez. Mynſing. & Schneid. hic, Gail. 1. obſ. 62. n. 5.*

5 *Poſſeſſionem caſu amiſerit*] Et amiſſam poſſeſſionem eſſe oportet, quoniam in rem actio nunquam ultro poſſidenti datur: quippe cui ſufficit quod poſſideat, *l. 1. § penult. uti poſſid.* & amiſſam caſu: nam qui facto & voluntate ſua poſſeſſionem amiſit puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hactenus dicta ſunt, intelligi poteſt, qua ex cauſa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re, quam ex juſta cauſa ſibi traditam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus poſſeſſionem caſu amiſit.

Nullam in rem directam] Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita eſt, ut apparet ex ratione ſubjecta, & oppoſitione Publicianæ, quæ inventa eſt à prætore. Quod non eſt novum: nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relatæ, utiles ſunt, licet earum inter ſe oppoſitarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propoſitæ, aut per interpretationem & extenſionem edicti introductæ. De quo pluribus diſſerui ſub §. *ult. ſup. de leg. Aquil.*

6 *Durum erat eo caſu deficere actionem*] Introducendæ hujus actionis cauſa fuit difficultas probandi dominii. Quippe quod non ſtatim tranſit in eum, qui rem, licet ex juſta cauſa ſibi traditam, accepit, niſi & is, qui tradidit, dominus fuit; quod perquam difficile probatu eſt: & tamen eo non probato, neceſſe eſt petitorem civili in rem actione experientem ſuccumbere. Cum itaque prætori iniquum videretur; quemvis vel injuſtum poſſeſſorem potiorem eſſe eo, qui rem ex juſta cauſa & bona fide nactus, ejus poſſeſſionem caſu aliquo amiſiſſet; ipſe ex humanitate actionem introduxit, qua in hoc caſu ſub colore quodam dominii vinceret is, cui juſta rei poſſeſſio ſemel quæſita eſſet, quamdiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, & quo jure hæc actio introducta ſit, & quæ ejus introducendæ fuerit cauſa.

7 *Eam rem ſe uſucepiſſe*] Hic indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum ſe rem, quam petit, uſucepiſſe. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda eſt, ſed ad effectum & ſententiam verborum: quoniam ſic agitur, quaſi actor uſucepiſſet. Nimirum non dicet actor expreſſe, ſe uſucepiſſe, quod falſum eſt, & conſtitutioni hujus actionis contrarium: ſed quod ad omnem actionem recte inſtituendam pertinet, cauſam actionis intentione ſua complectetur. Dicet, ſe rem, qua de agitur, bona fide emiſſe à L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepiſſe; petere ſe, ut ſibi reſtituatur. Hoc autem qui dicit, is ipſa intendere videtur, ſe uſucepiſſe, quia idem petit, & jure prætorio conſequitur, quod peteret & conſequeretur jure civili; ſi rem uſucepiſſet. In cauſis ex quibus, & qui poſſeſſionem nondum nactus eſt, Publiciana agere poteſt, dicet actor, rem ſibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuiſſe quam aut ipſe crevit, aut reſtitutam ſibi ex Senatusconſulto obtinet, *l. 12. §. 1. l. 85. hoc titul.* Quibus caſibus cum Publicianæ locus ſit uſucapione non inchoata, dominium quaſi uſucapione quæſitum fingi aut
prætendi non poteſt. Reſtat, ut videamus, quod hic o- 8
miſſum eſt, adverſus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut cæteræ in rem actiones adverſus poſſeſſorem: ſed ita, niſi is poſſeſſor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adverſus eum, qui poſſidet juſto titulo. In quo tamen hæc diſtinctio placuit. ut ſi duo rem emerint, ſiquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita eſt, utpote in quem prius translatum eſt jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit; ſin à diverſis non dominis, melior ſit cauſa poſſidentis, & juncta titulo poſſeſſio fortior ducenda titulo nudo, *l. 9. §. ſi duobus 4. hoc tit.* Quod ſi neuter poſſideat, & agatur contra tertium poſſeſſorem injuſtum, tuendus ſit is, cui primum res tradita ſive ab eodem non domino emerint, ſive ab alio atque alio quæ ſpecies eſt, quam tractat Neratius *l. ſi ea 31. §. ultim. de action. empt.* ut recte cenſent vulgo DD. *Oldend. d. claſſ. 3. action. 3. Schneid. ad §. præc. num. 28. & ſeq.* late & ſubtiliter *Bachov. diſput. 3. de act. theſib. 21. & 22.* De illo quæritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede poſſidet. Deciſio quæſtionis pendet ex eo, an is, qui pro hærede poſſidet, uſucapere poſſit, nec ne: qua de re diſputamus ſub §. *diutina 7. ſup. de uſuc.* In univerſum autem juſti dominii exceptio merito Publicianæ obſtat. Quoniam ſemper plus juris in re ſua habet dominus, quam quilibet, quantumvis juſtiſſimus poſſeſſor, qui dominus non ſit, *l. penult. & ult. hoc tit.* Cæterum quæ vendicanti domino obſunt, quominus poſſeſſor ei rem reſtituere debeat, eadem & poſſidenti ac Publiciana convento obſtabunt, quominus retineat, *l. ſi à Titio 72. de rei vind. l. ſi quis 24. de exc. rei jud. add. D. Donell. hic, num. 15.* Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præſtationem, cujuſmodi hæc in rei vendicatione civili: de quo ſcripſimus ad §. *1. ſup.*

TEXTUS.

De reſciſſoria.

6. Rurſus ex diverſo ſi quis cum reipublicæ cauſa abeſſet, vel in hoſtium poteſtate eſſet, rem ejus, qui in civitate eſſet, u-

ſuce-

ſuceperit, permittitur domino, ſi poſſeſſor reipublicæ cauſa abeſſe deſierit, tunc intra annum reſciſſa uſucapione eam rem petere, id eſt, ita petere, ut dicat, poſſeſſorem uſu non cepiſſe, & ob id ſuam rem eſſe. Quod genus actionis quibusdam & aliis ſimili æquitate motus prætor accommodat, ſicut ex latiore Digeſtorum ſeu Pandectarum volumine intelligere licet.

COMMENTARIUS.

1. *Actionem, quæ hic proponitur, & reſciſſoria in ſpecie dicitur, eſſe Publicianæ quodammodo contrariam.*
2. *Quibus ex cauſis hæc actio à prætore detur, ejusque introducendæ cauſa.*
3. *Reſtitutio adverſus eum, qui abſens uſucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.*
4. *Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præſcriptio non currit.*
5. *Commentum eſſe quod de publici judicio reſcindenti & reſciſſorio, interpp. tradunt: ut & illud, quod de duplici tempore.*
6. *Actoris in actione reſciſſoria intentio.*
7. *Reſtitutio adverſus eum, qui præſens rem abſentis uſucepit.*
8. *An ex ſola cauſa ignorantiæ reſtitutio danda adverſus uſucapionem.*

1 HOc loco proponitur actio in rem prætoria, quæ in uſu juris noſtri ſpecialiter reſciſſoria appellatur, *l. nec non 28. §. ult. ex quib. ca. maj. l. ult. C. eod. l. nullo 24. C. de rei vind. l. ab hoſtibus 18. C. de poſtl. rev.* Nomen ex re inditum, quia per eam reſcinditur, quod jure civili ratum eſt, *l. in honorariis 35. in fin. pr. de oblig. & act.* Hæc actio ſuperiori quodammodo contraria eſt: nam actione Publiciana agitur de re non uſucapta, quam actor in effectu contendit uſucaptam. Hic è converſo de re uſucapta, quam actor non uſucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquiſivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus eſt jure civili. Pertinet hoc edictum de reſtitutione majorum 25. annis, quod extat *in l. 1. quibus ex ca. maj.* qua parte ſcilicet prætor eos, quorum res uſucapta eſt, certis ex cauſis in integrum ſe reſtituturū pollicetur.
2 Cauſas duas expreſſit, clauſula edicti prima abſentiam neceſſariam ejus, cujus res uſucapta eſt; ſecunda abſentiam qualemcumque ejus, qui uſucepit. Poſtremo adjecit clauſulam generalem, qua idem promittit quavis ex cauſa, quæ ipſi juſta videbitur. Itaque duobus potiſſimum caſibus majoribus contra uſucapionem ſuccurrit data actione reſciſſoria; ſi res abſentis uſucapta ſit ab eo, qui in civitate manſit; ſi, res in civitate manentis uſucapta ſit ab eo, qui abfuit. Quod poſterius hic tantum tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior uſus, & major utilitas, cognitio ex latiore Digeſtorum volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hanc cauſam prætor habuit, quod iniquum ei viſum fuit, aut neceſſariam juſtamve abſentiam nocere abſenti, aut qualemcunque alterius abſentiam nocere alteri, *l. item ait. 21. d. titul.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hic aut intacta, aut minus perſpicua, indicata diſces mox ex commentario.

Cum reipub. cauſa abeſſet] De eo, qui abſens uſucepit, ita loquitur Juſtinianus, quaſi eum oporteat neceſſaria aliqua aut probabili de cauſa abfuiſſe: quod tamen ſecus eſſe, diſcimus ex edicto, cujus in ſecunda clauſula, quæ hunc caſum continet, prætor non diſtinguit, qua ex cauſa quis abfuerit, neceſſariane aut probabili, an plane voluntaria. Quod & diſerte Ulp. notavit *l. item ait 21. §. 1. hoc tit. ex quib. ca. maj.* Et vero ſi ne juſtiſſima quidem abſentia prodeſt abſenti ad uſucapionem retinendam; abſurdum ſit, ei prodeſſe abſentiam plane voluntariam, malitioſam puta aut animi cauſa ſuſceptam. Illud obſervandum eſt, tum demum ex hac parte edicti reſtitutionem dari, ſi defenſor abſentis non extitit: nam ſi procurator fuit, aut amicus, qui ſe ultro defenſioni obtulit, non debere eum inquietari: & hoc amplius, ne aliter quidem edicto in caſu propoſito locum eſſe, quam ſi aut amici abſentis de defendendo eo interrogati defenſionem non ſuſcipiant, aut nemo ſit, qui interrogari poteſt, *d. l. item ait 21. §. pen. & l. ſeq. eod.* Noviſſime autem à Juſtiniano cautum, licet defenſor abſentis nullus exiſtat, tamen integrum ſit præſenti, uſucapionem interrumpere; adito judice, & diligentia ſua apud eum conteſtata *l. 2. C. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti reſtitutio dari deſiit.

In hoſtium poteſtate] Ut hic procedat uſucapio, ponendi termini habiles, nempe ſi ſervus aut filius 3
ejus, qui captus eſt, rem ex cauſa peculiari teneant: hoc enim caſu domini aut patris captivitas impedimento non eſt, quominus ea res uſu acquiratur, *l. ait prætor 23. §. 3. hoc tit. l. juſto 44. §. ult. de uſucap.* Cæterum extra hanc cauſam captivus per ſervum aut filium poſſeſſionem acquirere non poteſt, ac proinde nec uſucapere: ſed poſſeſſio atque uſucapio inchoata captivitate interrumpitur, in tantum ut nec poſtlini-

nio

nio reſtituatur, *l. denique 19. hoc tit. l. ſi is 15. in pr. de uſucap.*

Vſuceperit] Poteſt igitur & abſens uſucapere rem præſentis & ejus quidem, qui contra abſentem agere non potuit, *l. item ait 21. §. 1. & deinceps, l. ſeq. 4. hoc*
4 *tit.* Atqui vulgo traditur, contra eum, qui agere non poteſt, præſcriptionem non currere, *l. 1. in fin. C. de annal. exc. l. in rebus 30. verſ. omnis, C. de jur. dot. l. 1. in fin. C. de bon. matern.* Reſpondent interpretes, diſtinguendum eſſe inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne præſcriptio currat aut impleatur. Exempla in *d. l. 1. C. de ann. exc. d. l. in rebus, C. de jur. dot. l. 7. §. 4. C. de præſcr. 30. ann.* Facti vero, quale eſt, quod hic objicitur, non item. Itaque opus eſſe reſtitutione: & recte: quippe rationi conſentaneum eſt, ut ubi jus ipſum impedimentum agendi objicit, ibi quoque ſiſtatur curſus uſucapionis ipſo jure: at ſingulorum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non poteſt.

Permittitur domino] Veteri ſcilicet, cujus res jure civili uſucapta eſt. Hunc dominum vocat, vel reſpectu præteriti temporis, vel potius, quia à prætore reſcindente uſucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum reſciſſa uſucapione] Actio hæc, licet rei perſecutoria ſit, anno tamen eam finiri placuit, qui contra jus civile datur, *l. in honorariis 35. in fin. pr. de obl. & action.* Annum intellige utilem, *l. 1. §. 1. hoc tit. l. ab hoſtibus 18. C. de poſtl. rev.* pro quo tamen Juſtinianus ſubſtituit quadriennium conti-
5 nuum, *l. ult. C. de temp. in int. reſt.* Quod autem ait „ permitti domino reſciſſa uſucapione rem petere, & Paulus, *l. 35.* hanc actionem dari reſciſſa uſucapione; id non ſic intelligendum eſt, quaſi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor reſcindat uſucapionem, ac tum demum hanc actionem det, quia petatur res reſtitui. Sed ideo hoc dicitur; Quia prætor, dum hanc actionem concedit, ſimul vi ipſa uſucapionem reſcindit: quoniam permittit veteri domino ſic agere, ut petat rem ſibi à poſſeſſore reſtitui, perinde ac ſi nulla uſucapio interveniſſet, *l. 1 §. 1. l. ſed etſi 26. ſi feriæ. 7. l. nec non 28. §. penult. hoc tit. l. ult. C. eodem l. nullo. 24. C. de rei vindic.* Quibus ex locis manifeſte apparet, reſciſſionem uſucapionis in ipſa datione actionis conſiſtere, prætoremque dici reſtituere, cum actionem reſciſſoriam petenti concedit: ac proinde uno ſimplicique judicio rem totam explicari, *fac. l. 9. §. 3. & 4. quod met. ca. l. 1. de dol. l. 2. §. 1. de cap. minut. l. 1. de alien. jud. mut. ca. l. ult. ad SC. Vellej.* Hoc & Gomezius *hic. n. 8. & ult.* odoratus eſt: ſed explicare non potuit, aut ſolide confutare communem DD. opinionem, ſecundum quam duplex judicium hic neceſſarium, unum reſcindens, alterum reſciſſorium: ac proinde & duplex libellus, duplex litis conteſtatio, & duplex pronuntiatio, decretum ſcilicet magiſtratus, quo reſcindatur uſucapio, & ſententia judicis, quo res reſtitui jubeatur. *Pet. de Bellapert. 10. Fab. Iaſ. Mynſ. Schneid. hic Odd. de reſtit. quæſt. 33. art. 1. Maurit. de reſtit. c. 4.* Quæ opinio erronea eſt, & à ratione juris noſtri valde aliena, ut ex iis, quæ modo diximus, perſpicue patet: in foro tamen recepta, ut ſic utrumque remedium cumulari, id eſt, eadem utrumque opera peti & obtineri ſoleat, *Odd. part. 1. q. 33. art. 5. Mynſ. 2. obſ. 25. Oldend. claſſ. 6. action. 8.* Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit; ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat ſpecies quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem ſeu magiſtratum tractabantur: quædam apud judices datos: Cæteroquin revera unum tantum erat judicium; ideoque unus tantum libellus, una litis conteſtatio, una ſententia deſiderabatur. Nempe apud prætorem non inſtituebatur judicium, ſed a prætore conſtituebatur, data actione & judice, qui de re cognoſceret: unde nec illa, quæ apud prætorem fiebant, in judicio fieri dicebantur, ſed in jure: de quo fuſius ad *pr. hujus tit.* Præcedens error ſecum traxit & alium de duplici tempore; uno, intra quod petenda & inſtituenda actio reſciſſoria. Illud volunt, intentari poſſe intra quadriennium continuum, hanc finiri anno utili. Donellus, perpetuam eſſe. Sed ut una & ſimplex hic eſt actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & inſtitui debet, annus olim utilis nunc quadriennium continuum, computandum à tempore, quo abſens reverſus eſt. Illud ſingulare, quod hoc tempus etiam finiendæ actioni conſtitutum eſt, *l. ult. C. hoc tit. junct. l. ult. §. ult. C. de temp. integ. reſt.*

Vt dicat, poſſeſſorem uſu non cepiſſe] His verbis ſi- 6
gnificatur, actoris in hac actione intentio. Ut autem id actione præcedenti, ita hic quoque intentio non ad verba, ſed ad vim effectumque verborum erigenda eſt, quoniam ſic agitur, ut effectu res uſucapta non videatur. Puta non dicet petitor, poſſeſſorem, quæ petitur, uſu non cepiſſe; quod & aperte falſum eſt, & perinde quaſi negaret, adverſarium dominum eſſe: cujuſmodi formulæ in rerum corporalium vendicatione proditæ non ſunt, *§. 2. ſup. eod.* ſed cauſam exprimet, ex qua actio ei jure conſtituta ſit: dicet, adverſarium abſentem rem uſucepiſſe, cum ipſe interea ejus nomine agere cum vellet, & uſucapionem interrumpere, non potuerit. Itaque petere ſe, ut ſibi reſtituatur. Prætorem quoque veriſimile eſt verba edicti ſecutum hoc modo judicium concepiſſe: *Si paret, eam rem de qua agitur à poſſeſſore*

abſente per ſtatutum tempus poſſeſſam eſſe, cum interea petitor ejus nomine agere cum conaretur, non potuerit, tum ſi ea res petitori non reſtituatur, poſſeſſor damnetur.

7 *Quibuſdam & aliis*] Veluti abſenti, cujus res uſucapta ſit ab eo, qui in civitate manſit: quæ cauſa reſtitutionis prima parte edicti expreſſa eſt: & ſola nunc etiam utilis, cum ex cauſa ſuperiore jure novo reſtitutio non detur, *l. 2. C. de annal. exc.* Non omnibus vero abſentibus hac parte ſuccurritur, ſed iis duntaxat, quorum abſentia aut neceſſaria fuit, *l. 1. §. 1. in pr. l. 3. cum ſeqq. l. reipub. 36. l. non vere 42. h. t.* aut voluntaria quidem, ſed juſta & probabilis, qualis eſt ſtudiorum cauſa, & ſimiles. Hoc ex generali & poſtrema edicti clauſula, *l. ſed & ſi. 26. §. pen. & ultim. cum duabus ll. ſeqq.* Illud tamen inter hæc intereſt, quo in neceſſaria & repentina abſentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævisa abſenti non ſuccurritur, niſi procuratorem reliquerit, isque procurator non egerit, aut interim defectus ſit, *d. l. 26. §. ult. l. nec non. 28. in pr. eodem.* Quippe priore caſu nihil eſt quod abſentibus imputetur: poſteriore, objici eis poteſt, quod de rebus ſuis componendis ante diſceſſum potuerint & debuerint cogitare, *d. l. 26. §. 1.* Hoc eodem edicto ſuccurritur & creditoribus; qui actionem ex his cauſis amiſerunt. *d. l. 1. §. 1. l. Julian. 17. §. 1. l. ſi quis 41. eod.* ſed hoc caſu actio reſtitutoria in perſonam eſt.

8 *Simili æquitate motus*] Quæſitum hic eſt, an ſola ignorantia juſta & ſufficiens cauſa ſit, ob quam ex poſtrema edicti clauſula danda ſit reſtitutio adverſus uſucapionem aut præſcriptionem. Ego puto non eſſe, *arg. l. ult. in fin.* ibi; *nulla ignorantia vel ſcientia expectanda. C. de præſc. long. temp. l. 3. & 4. C. de præſc. 30. ann. l. unic. C. de uſuc. transf.* Nam cum ſufficiens tempus præſtitutum ſit intra quod quisque in res ſuas inquirat, easque ſibi aſſerat, poſt illud tempus reſtitui poſtulans ex ſola cauſa ignorantiæ, id eſt, ea, quæ conjuncta eſt cum deſidia & negligentia, audiri non debet. Denique ſi ex ſolo capite reſtitutio admittatur, jus de uſucapionibus & præſcriptionibus conſtitutum non aſſequitur finem ſuum, nunquam finis erit litium, ſemper dominia incerto, contra *l. 1. de uſucap. Weſembec. parat. hoc. tit. n. 10. Pinell. in auth. niſi tricennale. C. de bon. mat. diff. comment. DD. Covar. in c. poſſeſſor. de reg. jur. in 6. pag. 3. §. 3. Gail. 2. obſerv. 19.* de præſcriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur: videſis *And. Fachin. 1. contr. 69. Ant. Fabr. Codic. ſuo tit. ſi adverſ. uſuc. & tit. de temp. in intr. reſtit. Pinell. in d. auth. num. 38.*

TEXTUS.
De Pauliana.

7. Item ſi quis in fraudem creditorum rem ſuam alicui tradiderit, bonis ejus à creditoribus poſſeſſis ex ſententià præſidis, permittitur ipſis creditoribus reſciſſa traditione eam rem petere, id eſt, dicere eam rem traditam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe.

NOTÆ.

7. In fraudem creditorum] Et eventum fraus habuerit, *l. 10. §. 1. l. 15. quæ in fraud. cred.* & ſimul is, qui accepit, fraudis conſcius fuerit, *l. 1. l. 6. §. 8. eod.* In cauſis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus eſt, *d. l 6 §. 11.*

Resciſſa traditione] Unde tam actionem Paulianam, quæ reſciſſoria eſt traditionis, quam ſuperiorem illam uſucapionis reſciſſoriam, actionem in rem eſſe, & ad exemplum vindicationis dari contendunt Cujac. & Fabrot.

Commentarius.

1. *Agi hic de actione, quæ Pauliana dicitur; licet ea non in rem, ſed in perſonam ſit.*
2. *In perſonam eſſe, multis argumentis evincitur.*
3. *Dari hanc actionem creditoribus, ſive ante ſive poſt miſſionem in bona, res in fraudem eorum alienata ſit: interdum & in rem competere: quæ tamen huc non pertineat.*
4. *Quæ concurrere debeant, ut Pauliana ſit locus.*
5. *Verborum edicti*, Quod fraudationis, &c. *explicatio.*
6. *Edictum non pertinere ad eos, qui id agunt, ne acquirant, ubi quædam notabilia.*
7. *Quando primum creditores Pauliana experiri poſſint. D. Ioan. Dekher. notatus.*
8. *Qualis hic ſit reſciſſio & reſtitutio.*
9. *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10. *Dari hanc actionem intra annum utilem, quo primum experiundi poteſtas fuit.*

Tertia ſpecies actionis prætoriæ hic proponitur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda ea, quæ in fraudē eorum alienata ſunt, *l. videamus 38. §. in Faviana 4 de uſur.* atque huc pertinent *tit. ff. quæ in fraud. cred. & C. de rev. his, quæ in fraud. cred.* Hanc autem actionem Gloſſa & ple- 1

plerique interpretes non in rem, ſed in perſonam eſſe opinantur; hic autem exponi inter prætorias in rem, & ſubjici reſciſſoriæ tantum propter ſimilitudinem, quam cum illa habet, quod uti per illam uſucapio, ita per hanc traditio reſcindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego veriſſimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hic nominat, ſed eam in rem eſſe dicit, deceptum à Triboniano inconſiderate, & tantum ob ſimilitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem. Etenim in rem eam non eſſe, primum ex eo
2 vincitur, quod creditores non vendicant, aut intendunt, rem ſuam eſſe, ut in actionibus ſuperioribus: ſed ajunt, rem in bonis debitoris manſiſſe, quorum poſſeſſio eis data eſt. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium ſit, ut ſequatur ejus rei poſſeſſorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; ſi quis autem non poſſidet, non teneatur, *l. actionum 25. de oblig. & act.* utrumque contra eſt in actione Pauliana: nam & is, qui poſſidet, quod in fraudem creditorum alienatum eſt, hac actione non tenetur, niſi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa cauſa acceperit, *l. 1. l. is qui 9. & l seq. hoc tit. l. pen. C. eod.* ut hic non ſola poſſeſſio, ſed aliud factum poſſeſſoris ſpectetur. Et è converſo, qui non poſſidet, nec dolo malo deſiit poſſidere, tenetur. Datur enim hæc actio non ſolum hæredi, ſed etiam in hæredem ſimilesque perſonas, & qua tales, *d. l. 16. § ult.* quod non minus, quam prius illud, à natura actionis in rem abhorret, quæ rem ſemper ſequitur, & propter rem ejus poſſeſſorem, *l. 2. C. ſi un. ex plur. hæred.* Cum itaque in rem non ſit, relinquitur, ut ſit in perſonam, *§. 1. ſup. eod. d. l. actionum de obl. & act.* Et hoc verū eſſe vel ex hoc uno intelligimus, quod hæc eadem actio in factum paſſim appellatur, *d. l. 10. l. 14. hoc tit. l. pen. C. eod.* quo nomine quæ appellantur, omnes in perſonam ſunt, vid. *Bachov. diſp. 3. de action. theſ. ult.* Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, ſed in perſonam eſſe diſerte teſtatur Ulp. *l. 1. §. hæc actio 26. ſi quid in fraud. patron.* Erit igitur & Pauliana in perſonam; cum utraque ex eadem cauſa detur; Faviana, ſi quid in fraudem patroni; Pauliana, ſi quid in fraudem creditorum alienatum ſit. Sed quid verbis opus eſt? Juriſconſultus *in l. videamus 38. § in Faviana 4. de uſur.* palam inter actiones, quæ in perſonam ſunt etiam Paulianam numerat. Nam cum initio propoſuiſſet videndum, quando in actionibus in perſonam etiam fructus veniat, mox variis ejus generis exemplis adductis inter cæteras in perſonam actiones Paulianam quoque, per quam quæ in fraudem creditorum alienata ſunt, revocantur, *d. §. 4.* recenſet, & quidem conjunctim cum Faviana, quam in perſonam eſſe conſtat. At inquies, ſi Pauliana in perſonam eſt, erit etiam ex obligatione, *§. 1. ſup. eod.* Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, ſive is fraudis particeps fuit, ſive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbe facit, ſi poſtquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam eſſe, eam tamen, & tantum lucri ſui cauſa, retineri tenet, per *l. metum 9. §. ult. l. item ſi 14. §. 3. quod. met. cauſ.* Fruſtra ſe fatigat Bachov. *hic & diſp. 3. de act. theſ. pen.* dum probare conatur, actionem Paulianam in rem actionem eſſe: add. *Don. hic num. 2. & ſeqq. Ant. Fab. conj. 10.* Illud hic notandum eſt, quod actio Pauliana competat, ſive quid alienatū ſit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona mitterentur; ſive alienatio facta ſit, poſtquam jam in poſſeſſionem bonorum debitoris miſſi ſunt, quorum quidem prius negat D. Joan. Deckher. *1. diſſ. 10. n. 27.* Sed perſpicue refellitur per *l. 15. & l 17. §. 1. hoc tit.* Poſteriore autem caſu evenire poteſt, ut etiam in rem actio creditoribus competat pignoris perſequendi gratia. Nam ſi creditores in poſſeſſionem juſſu magiſtratus miſſi etiam in poſſeſſionem venerint, conſtituitur creditoribus in bonis debitoribus pignus, quod in uſu juris dicitur prætorium, *l. non eſt mirum 26. §. 1. de pign. act. l. ult. C. de præt. pign.* cujus pignoris, ſi creditor forte poſſeſſionem amiſerit, perſequendi cauſa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet: olim certo jure, ſi poſſeſſionem ſine culpa ſua caſu aliquo amiſiſſet; nunc etiam, etſi culpa ſua poſſeſſione cecidit, *d. l. ult. Cod. de præt pign.* Verum hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donellus; quippe qua agenti neceſſe non eſt, dicere rem in bonis debitoris manſiſſe: nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. diſtractis 14. & l. ſeqq. C. de pign.* Sed neque ſpecies eſt Paulianæ, ut quidam putaverunt, quia datur adverſus quemcumque poſſeſſorem: ſed eſt ſpecies quaſi Servianæ ſeu hypothecariæ, *per d. l. ult. C. de præt. pign. & arg. l 9. h. tit.* nam in caſu illic propoſito poſſeſſionem jure pignoris avocantem ſecundus emptor non excluderet, cum tamen excludat agentem Pauliana.

In fraudem creditorum] Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum ſit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hic accipimus, ſi & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit; nam ſi alterutrum deſit, & vel propoſitum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, ſe ſolvendo eſſe, vel creditores re ipſa & eventu fraudati non ſint; huic actioni non eſt locus, *l. ait prætor. 10. §. 1. l. ſi quis 15. hoc tit.* Hoc amplius ceſſat hæc actio & revocatio, niſi & is, qui accepit fraudis conſcius fuerit, *l. 1. l. 6. §. hoc edictum 8. d. l. ait. prætor. §. 2. eod.* Cæterum hoc ſic acceptum eſt, ſi quis rem accepit ex cauſa oneroſa: nam in cauſis lu- 4

cratívis placuit detrahi mentionem ſcientiæ, & hactenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus eſt, *l. 6. §. ſimili modo 11. eod. l. pen. C. eod.* Plane, qui debitam pecuniam recipit antequam bona debitoris poſſidcrentur, quantumvis non ignorans, eum ſolvendo non eſſe, in hoc edictum non incidit; quia ſibi vigilavit, *d. l. 6. §. apud Labeonem 6. & ſeq.* Porro quando & quatenus ſolutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari poſſit, & de ſententia *l. pen. h. t. l. 6. §. 2. de reb. auct. jud. poſſ.* aliarumque eodem pertinentium, vid. *Bart. in d. l. pen. Petr. Fab. ad l. generaliter, 78. de reg. jur. Anton. Fab. conj. 14. Gail. 1. obſ. 25. n. 14. & ſeqq.*

Alicui tradiderit] Edictum generalibus verbis
5 conceptum eſt. *Quæ fraudationis cauſa geſta erunt, &c.* quæ verba latiſſime patent, continentque quicquid quodcumque modo fraudis cauſa factum eſt. Itaque qualecumque fuerit, hac in factum actione revocatur, ſive rem alienaverit, debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, uſucapi paſſus ſit, uſumfructum aut ſervitutem non utendo amiſerit; ſive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judiciũ non adfuerit, vel litem mori paſſus ſit, vel à debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & ſi pignora liberavit, vel quem alium in fraudem creditorum præpoſuit, vel ei exceptionem præbuit, aut ſe obligavit fraudandorum creditorum cauſa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut deſineret habere, quod habebat, ad hoc edictum pertinet, *l. 1. cum 4. ſeqq. l. 10. §. ſi cum*
6 *12. & ſeqq. l. 14.* & paſſim deinceps, *hoc tit.* Plane ille in ea cauſa non eſt, ut edicto locum faciat, qui id agit, ne acquirat, quod acquirere poteſt, puta qui legatum aut hæreditatem ſibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet, qui quid de bonis ſuis deminuunt, nõ qui id agunt, ne locupletentur, *l. 6. pr. §. 1. & aliquot ſeqq. eod. l. non fraudantur. 134. de reg. jur. fac. l. 5. §. 13. & ſeq. de don. int. vir. & uxor. D. Diod. Tulden. in C. h. t. n. 4.* Late & eleganter *D. Weſemb. conſ. 17. n. 42. & ſeqq.* Atque hinc eſt, quod nec ſuus hæres ſe abſtinens edicto locum facit, *l. 3. C. h. t.* multoque minus præteritus aut exhæredatus, qui non quæritur de inofficioſo aut non agit ad ſupplementum legitimæ, per *l. 1. §. ſed ſi quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam filius cogi poſſit, dubitatur: ſed verius eſt compelli non poſſe, *arg. d. l. 6. §. 2. l. patrem. 19. hoc tit. d. l. 1. §. ſed ſi 8. ſi quid in fraud. patr. 10. Gutier. in repet. cap. quamvis 2. de pact. in 6. n. 24.*

Bonis ejus poſſeſſis] Id eſt, poſtquam creditores à magiſtratu in poſſeſſionem bonorum debitoris miſſi ſunt. Nam hæc actio demum competit poſt poſſeſſionem: excuſſionem & diſtractionem bonorum; nec aliter, quam ſi ex bonis diſtractis creditoribus ſatisfieri nequeat, *l. pen. C. hoc. tit.* de quo fuſe *Schneid. n. 59. & ſeqq.* Sententiam hujus loci corrumpit D. Joan. Deckherus *ubi ſupra.* Nam vitioſe plane & per fallaciam compoſitionis & diviſionis hæc textus verba *bonis ejus poſſeſſis*, ita accepit, ac ſi ſignificarent, pro iis demum bonis revocandis hanc actionem competere, quæ debitor alienavit, poſtquam jam bona poſſeſſa erant, & hinc probat Paulianam non competere de rebus ante miſſionem in bona alienatis. Perperam inquam quoniam verba iſta non ad tempus factæ alienationis, ſed intentandæ hujus actionis referenda ſunt, per *l. ſi quis 15. l. omnes 17. §. 1. h. t. junct. l. pen. C. eod.*

Ipſis creditoribus] Plerumque curator bonorum hic conſtitui ſolet, *tit. de cur. bon. dand.* cui tum hæc actio exercenda datur, *l. 1. h. t.*

Reſciſſa traditione] Sic intelligo, ut *§. præc.* dictum 8
eſt, vi ipſa reſtitutionis in integrum & judicii conſtituti. Reſcinduntur autem hac in factum actione & in priſtinum ſtatum reſtituuntur omnia, quæ in fraudem creditorum facta ſunt, perinde ac ſi nihil eorum factum eſſet. Itaque non dominia ſolum revocantur & res ipſæ, verum etiam obligationes, actiones, fructus, acceſſiones, cæteraque commoda reſtituuntur, quæ creditores habuiſſent, ſi nulla alienatio aut liberatio interveniſſet, *l. 1. §. 1. l. ait prætor. 10. § per hanc 19. & 3. ſeqq. l. hac in factum 14. l. omnes 17. l. ult. § non ſolum 4. hoc tit. l. videamus §. in Faviana 4. de uſur.*

Dicere, traditam non eſſe] Non diſerte ac nominatim, quaſi his ipſis verbis formula intentionis 9
concipienda: ſed dicere & intendere effectu & rebus ipſis, ut in actionibus ſuperioribus. Sic enim hic agunt creditores, quaſi revera res nunquam tradita ſit. Adverſus quos hæc actio detur, ſatis ex iis, quæ ſuperius dicta ſunt, intelligitur. Ex ſententia Venuleji etiam adverſus ipſum fraudatorem datur, *l. ult. §. ult. hoc tit.* Datur intra annum, *l. 1. l. 10. eod.* nimirum quia velut ſuperior illa contra jus civile introducta eſt, vel quia naturam actionis pœnalis habet. Poſt annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adverſus quem actio movetur *d. l. 10. §. pen.* Annum intelligimus utilem, quo
primum experiundi poteſtas fuit, *d. l. 10. in pr.* Itaque 10
annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ ſcilicet à creditoribus decreto magiſtratus, *l. 6. §. ult. d. l. 10. §. annus 18. eod.* Ante enim agi non poteſt, & non valenti agere præſcriptio non currit, *l. 1. §. ult. C. de annal. exc. Ioan. Fab. n. 17. Mynſ. n. 63. Schneid. n. 83.* inconſiderate igitur nonnulli textus iſtos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. Weſemb. *par. hoc tit. num. 12.*

TEXTUS.

TEXTUS.

De Serviana & quaſi Serviana, ſeu hypothecaria.

8. Item Serviana & quaſi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipſius prætoris jurisdictione ſubſtantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quaſi Serviana autem eſt, qua creditores pignora hypothecasve perſequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil intereſt: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut ſit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia eſt. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maxime ſi mobilis ſit. At eam, quæ ſine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

NOTÆ.

QUÆ PIGNORIS JURE] Scil. tum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi eſſent obligata, §. 3. *in fin. inf. de interdict.* tum fructus in fundo conducto naſcentes; quæ tacite intelliguntur pignori eſſe domino fundi, *l. 7. in quib. cauſ. pign. tac.* In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam invecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori ſint: in ruſticis autem prædiis contra obſervatur, *l. 4. d. t. l. 4. de pact.*

QUÆ SIMUL TRADITUR, &c.] *l. 9. §. 2. de pign. act. l. 238. §. 1. de verb. ſign.* quam differentiam etiam Græci ponunt inter ἐνέχυρον & ὑποθήκην.

COMMENTARIUS.

1. *Cauſa introducendæ actionis hypothecariæ.*
2. *Qualis ſit hæc actio, quibus, adverſus quos, quo exitu detur.*
3. *Quarum rerum probatio creditori pignus perſequenti incumbat.*
4. *Neceſſe non eſſe ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuiſſe, dummodo probet fuiſſe in bonis ejus.*
5. *Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus poſſidet: tum quid hic juris apud Batavos.*
6. *Nomina Serviana & quaſi Serviana unde: Hypothecaria nomen commune: differt à pigneratitia.*
7. *Edictum quibus verbis à Servio conceptum.*
8. *Quæ res coloni pro mercede pignoris jure teneantur.*
9. *Invecta & illata in prædium urbanum tacite pignori eſſe: in ruſticum importata pignori non eſſe, niſi id expreſſe convenerit.*
10. *Actioni hypothecariæ locum eſſe in omni genere pignoris. Conſtitutio Caroli V. ann. 1529.*
11. *Inter pignus & hypothecam nihil intereſſe, quantum ad actionem hypothecariam: niſi forte in eo, quod cautum Nov. 4. c. 2.*
12. *Inter pignus & hypothecam quid proprie interſit ſecundum uſum juris. Veteres pro hypotheca verbo Latino* fiducia *uſos videri.*

AD extremum proponitur hic actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis cauſa comparata eſt, *l. ſi tibi 17. §. 2. de pact.* Nam jure civili nulla actione conſulebatur iis, quibus res debitorum obligatæ erant, cũ poſſeſſio earũ apud alium eſſe cœpiſſet. Hoc igitur cum prætori Servio durum videretur, ipſe actionem de pignore ſeu hypotheca quibusdam in cauſis introduxit, quæ poſtmodum eadem æquitate ſuadente prudentum interpretatione producta eſt etiam ad alias cauſas & ſpecies pignoris. Actio hæc in rem eſt, *l. pignoris 17. de pign. l. pignoris 18. C. eod.* conſtituta creditoribus pignoris perſequendi cauſa, ut hic declaratur. Unde intelligimus, cõpetere eam adverſus omnes, qui pignus poſſident, aut dolo malo poſſidere deſierunt, *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione 3. de pign.* Exitus actionis hic, ut qui convenitur, neceſſe habeat, aut creditoribus agentibus ſolvere, aut rem, de qua agitur, reſtituere: alioqui quanti ea res eſt, condemnatur, *d. l. ſi fundus. §. 3.* Duo autem creditori pignus perſequenti probanda ſunt. 1. ſe jus pignoris in re, de qua agitur, habere. 2. poſſeſſionem ejus rei eſſe penes eum, qui convenitur. Ad primum quod attinet, ſi creditor cum ipſo debitore experiatur, ſufficit ei ad fundandum jus pignoris probare, quod debitor poſſideat: quoniam inter contrahentes ipſos etiam alienæ rei pignus conſiſtit, neque debitor quæſtionem dominii referre poteſt, per *l. in rem alienam 21. in fin. de pign. act.* Si vero agatur contra tertium poſſeſſorem, probandum eſt, rem in bonis debitoris fuiſſe: aut

Margin numbers beside the commentary: 1 (at "gnore, quæ item"), 2 (at "gnoris. Actio hæc"), 3 (at "fundus. §. 3.").

aut in caſu generalis hypothecæ, poſtea ad eum perveniſſe, *l. & quæ nondum 15. §. 1. de pign.* Nec intereſt, poſſeſſor cauſam habeat, an non habeat; & cum

4 habet, utrum lucrativa ſit, an oneroſa. Nam jus pignoris non fundatur, niſi res fuerit in bonis debitoris: cumque hypotheca proprie titulum non præbeat, & creditor jure debitoris nitatur, oportet creditorem potentiori jure munitum eſſe, quam poſſeſſorem. Illud probare neceſſe non eſt, debitorem rei dominum fuiſſe, ſed quemadmodum dixi, fuiſſe in ejus bonis, ſeu juſto titulo & bona fide ab eo poſſeſſam: quoniam pro probato ſuccumberet poſſeſſor debitore agente Publiciana, eo probato etiam ſuccumbere debet creditore agente hypothecaria, arg. *l. ſi ab eo 18. de pign.* Hæc fuſius tractantur à *Io. Fab. Angel. Iaſ. Zaſ. Schneid. ad hunc §. Cyn. & Salic. ad l. cum res C. ſi res alien. pign. Neguſ. de pign. 8. memb. 3. n. 6. & ſeqq.* Secundum expeditum eſt; quippe

5 hoc omnium actionum in rem eſt proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam reum poſſidere oporteat. Olim ſi alius, quam debitor, pignus poſſidebat, non tenebatur creditor ipſum prius debitorem perſonali actione convenire, & ſic deinde illo non ſolvente demum pignus à poſſeſſore perſequi: ſed in arbitrio creditoris erat, adverſus utrum prius experiretur, *l. diſtractis 14. l. perſecutione 24. C. de pignor. l. ult. C. de obl. & act.* Tantum hoc requirebatur, ut ſi debitor præſens eſſet, prius denuntiationibus conveniretur, ideſt, legitime interpellaretur, ut ſolveret, ac tum illo non ſolvente ad poſſeſſorem pignoris veniretur, *l. 10. C. d. tit.* Juſtinianus autem à creditoribus plus exegit, conſtituit enim, ut ſi debitores præſentes ſint, non tantum denuntiationibus conveniantur, ſed etiam judicio, nec prius ad pignorum poſſeſſores perveniatur, quam excuſſis debitoris, & fidejuſſorum, ſi qui ſint, facultatibus. *Nov. 4. c. 2. unde auth. ſed hodie. C. de obl. & act. & auth. hoc ſi debitor. Cod. de pign.* Id jam olim in fiſco pignus legale vendicante humanitatis cauſa placuerat, *l. Moſchis 47. de jure fiſc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem caviſſe videtur Juſtinianus. Quod ſi debitor aut hæres ejus pignus poſſideat, tum adhuc nullus ordo ſervatur, & liberum etiamnum creditori eſt, omiſſa actione perſonali pignus perſequi *d. Nov. 4. c. 3. verſ. contra principales, l. perſecutione junct. pr. auth. ſeq. hoc ſi debitor. Cod. de pign.* & ſecundum hoc ſæpe à ſupremis Curiis judicatum teſtatur *Chriſtin. vol. 4. dec. 151. n. 9. & ſeq.* Apud nos jus vetus reductum placito anni 1564. quo expreſſe derogatur *d. Nov. 4. c. 2. & de auth. hoc ſi debitor.* Poteſt itaque hodie creditor vi iſtius placiti ſtatim tertium poſſeſſorem convenire, & pignus perſequi, omiſſo debitore principali ejusq; fidejuſſoribus, nec prius facultates eorum excutere tenetur, *vid. dec. 4. Cur. Holland.*

Serviana & quaſi Serviana, quæ etiam hypothecaria] Duplex igitur de pignore in rem actio eſt Serviana, dicta ab auctore eadem analogia, qua Publiciana; & quaſi Serviana, ſic dicta, quia ad exemplum Servianæ introducta eſt; unde & utilis Serviana dicitur. 6
l. 1. in pr. & §. 2. de pign. l. 1. C. de precar. Hæc eadem, ut hic traditur, etiam hypothecaria appellatur, à re ſcil. & nomine communi: quod nomen etiam Servianæ competit: ſed cum hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune eſt, ſibi proprium fecit. Nonnunquam tamen appellatione Servianæ & quaſi Serviana ſeu hypothecaria omnis ſignificatur, *l. 3. ſi ab eo 18. de pign. l. ſi creditor 28. de pign. action. l. ult. C. de oblig. & act.* Ab actione hypothecaria toto genere differt actio, quæ pigneratitia proprie dicitur, utpote quæ non in rem, ſed in perſonam eſt, nec creditori competit ſed debitori adverſus ipſum creditorem, ex contractu obligatum ad pignus, quod accepit, ſoluto debito reſtituendum; de qua *ff. & C. de pign. act. §. ult. quib. mod. re cont. obl.* Abuſive tamen veteres quandoque hypothecariam quoque pigneratitiam vocant, ut obſervare licet *l. 9. in fin. quib. mod. pign. ſolv. l. rem alienam 41. de pign. act. l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. duobus 19. de exc. rei jud.* & aliis locis: vid. noſtra ad *d. §. ult.*

Et prætoris juriſdictione] Atqui quaſi Serviana à prætore introducta non eſt, ſed Juriſconſultorum ingeniis excogitata & inſtituta ad exemplum ejus, quæ à prætore comparata & in edicto propoſita fuit. Reſpondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti à prudentibus compoſitæ ſunt, prætorias cenſeri, propterea quod cauſam & initium à juriſdictione prætoris acceperunt.

De rebus colonis] Dubium non eſt, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti propoſita fuit, Serviana proprie vocetur. Unde exiſtimare licet, prætorem nominatim tantum de rebus colonorum, pro 7
mercede locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuiſſe; *Quod à colonis oppignoratum mercedis cauſa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquilini ſimiliter obligatis actio verbis edicti propoſita non fuit: itaque cum de his rebus agimus, non proprie Serviana experimur, ſed quaſi Serviana, quæ eſt ex edicti productione.

Quæ pignoris jure pro mercedibus] Relativum quæ hic non demonſtrat; ſed diſtinguit: quippe hac adjectione non illud ſignificatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori eſſe obligatas, ſed de his quæ obligatæ ſunt, Servianam competere. Jam autem conſtat, non omnes res coloni pro mercede pigno-

gnoris jure teneri; ſed primum fructus in fundo conducto naſcentes; qui quidem etiam tacite citra ullam conventionem pignori eſſe intelliguntur, *l. 7. in quib. cauſ. pign. tac. l. 3. C. eod.* Deinde ea, & ſola, de quibus nominatim convenit, ut pignori eſſent, *§. adipiſcendæ 3. in fin. inſt. de interdict.* nam nec invecta, inducta, aut illata in prædium ruſticum; aliter pignori ſunt fundi domino, quam ſi expreſſa conventio interceſſerit, *l. 4. & d. l. 7. d. tit. l. 5. C. eod.* Qua in re diſtat conductio prædii urbani à conductione ruſtici: nam in urbanum prædium illata placet pignori eſſe locatori, etiamſi nihil nominatim convenerit, *l. 4. de pact.*
9 *& d. l. 4. in quib. cauſ. pignor. tac.* Cujus differentiæ ratio ſi quæratur, ea ſumenda eſt ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis ruſticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, *l. ſi ſervus 61. §. locavi. 8. de furt.* quod autem erat in more poſitum, ut alias ſæpe, in jus paulatim tranſiit. & pro dicto habitum eſt, ſicubi dictum non eſſet. Scio, veteres interpretes aliter ſentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium ruſticum tacite ſive citra pactionem expreſſam pignus pro mercede conſtitui, ſi modo voluntate ſeu ſcientia domini illata ſint, quod nec ipſum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc ſententiam conſtitutionem Alexandri, quæ extat in *l. 5. C. de locat.* Sed merito hæc ſententia à recentioribus rejecta eſt nihilque eam juvat d. Alexandri conſtitutio, qua ſola nititur. Nam voluntatis nomine in ea conſtitutione adſignificatur expreſſa conventio, quemadmodum etiam in *l. Pomponius 5. §. 1. in quib. ca. pign. tac.* Quorſum enim exigamus, ut voluntate domini illata ſint, niſi, ſimul ut pignori eſſent, pactio aliqua inter eum & colonum interpoſita fuerit? Sed & voluntate domini illata ſic recte accipi poſſunt, ſi dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui autem hanc legem locationi dixit, vi ipſa & per conſequentiam pactus eſſe intelligitur, ut quæ ex pactione importarentur, pignoris loco teneantur. Ita ferme *Connan. 4. comm. 16. fort. Garz. ad d. l. 5. Duar. Cujac. ad l. 4. de pact. Don. de pign. c. 4. Bach. 1. de pign. c. 11. D. Tulden. in tit. C. in quib. ca. pign. tac. n. 3. Chriſt. vol. 3. dec. 110. & vol. 4. dec. 155.*

Qua creditores pignora perſequuntur] Quaſi Ser-
10 viana ſeu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori oblatis: & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competit non tantum de pignori conventionali, ſed etiam de legali: quale verbi cauſa habent pupilli & adoleſcentes in bonis tutorum & curatorum, *l. pro officio. 20. C. de adm. tut.* fiſcus in bonis debitorum fiſci, *l. 1. l. 2. C. in quib. ca. pign. tac.* uxor in rebus mariti in cauſa dotis, *l. un. §. 1. C. de rei ux. act.* legatarii in rebus hæreditariis, *l. 1. C. comm. de legat.* item de pignore prætorio & judiciali, *l. 2. C. de præt. pign.* item de eo, quod teſtamento conſtitutum eſt, *l. non eſt mirum 26. de pign. act.* denique & de pignore tacito, *l. 4. l. 7. in quib. ca. pign. tac. l. 4. de pact.*

Inter pignus & hypothecam quantum ad actionem hypothecariam] Inter pignus & hypothecam tantum nominis ſonus differt, ait Marcian. *l. 5. §. 1. de pign.* id eſt, diverſo & diſcrepante ſono idem ſignificant. Addit hic Imp. *quantum ad actionem hypothecariam attinet*, quod etiam ſenſiſſe Marcianum arguit inſcripto *d. l. 5.* quæ eſt, ad formulam hypothecariam. Quorſum hæc reſtrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem & debitorem convenit] Additum hoc exempli cauſa; multa enim ſunt genera pignorum, quæ conſtituuntur ſine conventione, ut jam intelleximus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium ſpeciali hypotheca affici queat, niſi coram magiſtratu & judice, ſub cujus juriſdictione ſitum, pignus conſtituatur ſcriptura in fidem rei geſtæ confecta, juxta placitum Caroli quinti ann. 1529. *Io. Deckher lib. 1. diſſ. 10. n. 34. add. art. 35. Ordin. Polit.* aut ſi feudale ſit prædium, coram Paribus Curiæ, *Neoſtad. de feud. c. ult. n. 26. Grot. lib. 2. introd. c. 42.* Plane ad conſtituendam generalem hypothecam ſufficit, coram quovis hujus regionis judice bona ſua apud acta publica obligaſſe. *d. art. 35. Grot. d. lib. 2. c. 48.*

Vtraque hac appellatione continetur] Senſus eſt. Quæcumque res ſit, ſive mobilis, ſive immobilis, ſive tradita, ſive non tradita, quæ pro debito obligata eſt, ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiſcue in actione hypothecaria deſignari ſolet. Quippe quæ actio, & ſi quod commodum 11
ei adhæret, creditori competit. tam pro pignore proprie dicto, cujus ſcilicet amiſſa ſit poſſeſſio, quam pro hypotheca; ita ut effectu juris non differant. Ex hoc dictum eſt ab Ulp. pignus contrahi non ſola traditione, ſed etiam nuda conventione, etſi traditum non eſt, *l. 1. de pign. act.* Sane quod noviſſimo jure conſtitutum eſt, ut debitor prius conveniatur & facultates ejus excutiantur, & ſic demum, ſi repertum ſit, debitorem non eſſe ſolvendo, ad pignoris poſſeſſionem perveniatur; *Nov. 4. cap. 2.* id plerique putant tantum locum habere in hypotheca, non in pignore proprie dicto, cujus ſcilicet poſſeſſio ab initio ex conventione penes creditorem fuit, & poſtea forte amiſſa: ſed hoc caſu adhuc ſtatim & recta poſſeſſionem pignoris avocari poſſe: quæ ſententia non caret ratione, *Neguſ. de pign. part. 8. memb. 1. n. 18.*

Pignoris appellatione eam proprie rem, &c.] Si ſi- 12
gnificationem & proprietatem verborum ſpectamus, aut potius uſum juris, inter pignus & hypothecam

thecam hoc intereſt; quod pignus proprie dicitur, cum ſimul res traditur creditori, Græcis ἐνέχυρον, & præſertim ſi ſit mobilis: hypotheca autem cum res ſine traditione nuda conventione obligationi ſubjicitur. In pignore id noſtri ſumpſerunt à notatione & origine verbi, utpote quod dictum ſit à pugno, ut ſit res, quæ traditur manu, ac velut pugno: *l. plebs 238. § 1. de verb. ſign.* Unde maxime id dicitur de re mobili, in quam ſolum cadit, ut manu capiatur: ſed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum poſſeſſio iisdem creditori tradita ſit. Hypotheca autem verbum Græcum eſt, quod poſterior ætas uſu Latinum fecit, dictum παρὰ τὸ ὑποτίθεσθαι, quod eſt *ſupponere*, id eſt, *pignori opponere, fiduciare*: ut appareat, verbum generale eſſe, eoque ſignificari utramque ſpeciem rerum pignori oppoſitarum, tam quæ traditæ ſunt, quam quæ non ſunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo ſpeciei in generi ſubjectæ ſignificationem habeant, id etiam fit in verbo hypothecæ, quod cum per ſe generale ſit, tamen plerumque ad certam ſpeciem contrahitur, ut ea appellatione intelligatur ſpecies pignori contraria, id eſt, res, quæ ſine traditione nuda conventione tenetur, & maxime immobilis: idque intelligi neceſſe eſt, quoties hypotheca à pignore diſtinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur *in l. ſi rem 9. §. proprie 2. de pign. act.* Veteres Conſulti verbo *hypotheca* uſi non videntur, ſed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum eſt, quod in iis, quæ manum Triboniani elapſa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, nusquam nomen hypothecæ occurrat, ſed fiduciæ duntaxat, ut videre eſt apud Paulum in libris receptarum ſententiarum, *lib. 1. tit. 9. lib. 2. tit. 5. lib. 3. tit. 6. de legat. lib. 5. tit. 26. in fin.* ſicut nec actionis hypothecariæ ullibi in his mentio extat, ſed fiduciariæ, judicii & actionis fiduciæ tantum: ut apud eundem Paul. *d. lib. 2. tit. 13.* Modeſtinus apud Licinium Ruffinum *in collat. leg. Moſai. & Rom. tit. de depoſ. Sed & in cæteris quoque partibus juris iſta regula* (de culpa præſtanda) *cuſtoditur: ſic enim & in fiduciæ judicio, & in actione rei uxoriæ & dolus & culpa deducitur, &c.* Papinianus apud eundem *tit. de atroc. injur. Per hominem liberum noxæ deditum ſi tantum acquiſitum ſit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus eſt à Prætore, qui noxa deditum accepit, ſed fiduciæ judicio non tenetur.* Fuit vero & hoc ipſum fiduciæ verbum generale, eoque tam pignus, id eſt, ἐνέχυρον, quam ὑποθήκην ſignificabatur. Cic. *in Topic. Si tutor fidem præſtare debet, ſi ſocius, ſi cui mandaris, ſi qui fiduciam acceperit, debet & Procurator.* Paul. *dict. tit. 13. Debitor diſtractis fiduciis à creditore de ſuperfluo adverſus eum habet actionem.* Sed uſus rem ſpeciale fecerat contraxeratque ad obligationem immobilium, Paul. *de lib. 2. tit. de modo, id eſt, ſpatio: Hæredibus debitoris adverſus creditorem, qui pignora vel fiducias diſtraxit, nulla actio datur, &c.* Idem alibi: *Rem legatam teſtator ſi poſtea pignori vel fiduciæ dederit, &c.* id eſt, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clariſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c. 14.*

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis perſonalibus.

9. In perſonam quoque actiones ex ſua juriſdictione propoſitas habet prætor, veluti de pecunia conſtituta: cui ſimilis videbatur receptitia. Sed ex noſtra conſtitutione (cum & ſi quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ conſtitutæ transfuſum eſt) & ea quaſi ſupervacua juſſa eſt cum ſua auctoritate à noſtris legibus recedere. Item prætor propoſuit actionem de peculio ſervorum, filiorumque familiarum; & eam, ex qua quæritur, an actor juraverit; & alias complures.

NOTÆ.

9, Receptitia]. Hæc actio civilis erat verbis ſolemnibus compoſita, & tantum in argentarios dabatur; cæterum de re quacumque etiam ante non debita: actio autem conſtitutoria, quæ honoraria eſt, dabatur contra omnes quidem, qui conſtituiſſent; ſed tantum de rebus, quæ pondere, numero, menſura conſtant; & non niſi debito conſtituto, *l. 2. C. de conſt. pec.* add. Salmaſ. *de mod. uſur. c. 16.*

In actionem pecuniæ constitutæ] Actionis receptitiæ vis omnis à Juſtiniano transfuſa eſt in conſtitutoriam, excepto eo, quod non conſtituitur niſi debitum, etſi recipiebatur & non debitum, *d. l. 2.*

Commentarius.

1. *Recipere quid: actio receptitia.*
2. *Actionis receptitiæ & conſtitutoriæ diſcrimina: & præcipua cauſa.*

Hactenus actiones prætoriæ in rem: ſubjiciuntur deinceps, ut erat propoſitum, ejuſdem originis actiones

actiones in perſonam. Actionum prætoriarum in perſonam quædam velut ex contractu & negotio geſto proficiſcuntur, quædam ex maleficio, aut quaſi ex maleficio: ac utriusque generis multæ & variæ ſunt ſpecies cauſis efficientibus proximis diſtinctæ: neque enim hoc loco omnes, ſed paucæ tantum proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hæ tres, de conſtituta pecunia, de peculio ex jurejurando.

1 *Cui ſimilis videbatur receptitia*] Actioni de pecunia conſtituta ſimilis fuit vetus actio receptitia, ſic dicta à verbo *recipere*, quod inter alia ſignificat in ſe aliquid ſuſcipere, & polliceri: nam paſſim apud Claſſicos auctores invenies, *recipere in ſe*, *ad ſe*, & ſimpliciter *recipere*, dictum pro aliquid facturum promittere; & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuiſſe, quam *promittere* Cicero Licinio Craſſo, *Velim exiſtimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, ſanctiſſime eſſe obſervaturum*. Hæc autem receptitia actio tantum ad trapezitas ſive menſarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorū deponebantur. Itaque ſi menſarius citra ſtipulationem recepiſſet, ſe certo die ſoluturū, quod hic vel ille apud ſe depoſuiſſet, hoc conventionis genus receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea re competebat, receptitia ſive pecuniæ receptæ.

2 *Noſtra conſtitutione*] Extat *in l. 2. C. de conſt. pec.* Quantum autem ex hac conſtitutione Juſtiniani intelligere licet, hæc inter actionem receptitiam & conſtitutoriam diſcrimina fuerunt: illa civilis erat verbis ſolennibus compoſita, hæc prætoria: illa tantum contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui conſtituiſſent: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum, in hanc non niſi debitum: illa in quibuscunque rebus, hæc in iis tantum, quæ pondere, numero, menſura conſtant, locum habebat, in quibus & conſiſtebat mutuum. Cujus differentiæ hanc fuiſſe cauſam putat eruditiſſimus Salmaſius *lib. de mod. uſur. cap. 16.* quod olim menſarii actionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quaſi ſequeſtres. Idcirco & promittebant, ſe ſoluturos aut reddituros pro aliis res quascunque mobiles vel immobiles. Cæterum Juſtinianus ſublata receptitia, unam eſſe voluit actionem adverſus omnes conſtituentes, & de omnibus rebus conſtitutis, eam, quæ de pecunia conſtituta appellatur, quod & agendum eſſet commodior, & verbum *pecuniæ* omnibus rebus conveniret, *l. pecuniæ 178. de verb. ſign.*

Si quid plenius] Hoc tamen excepto, quod non conſtituitur, niſi debitum, etſi olim in receptitiam veniebat & quod non fuerat debitū, *d. l. 2. C. de conſt. pec.*

TOM. II.

Et alias complures] Cujusmodi ſunt, quod juſſus exercitoria, inſtitutoria, tributoria, de in rem verſo: quæ etiam explicantur *tit. proximo.*

TEXTUS.

De conſtituta pecunia.

10. De conſtituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque vel pro ſe, vel pro alio ſoluturos ſe conſtituerint; nulla ſcilicet ſtipulatione interpoſita. Nam alioqui ſi ſtipulanti promiſerint, jure civili tenentur.

COMMENTARIUS.

1. *Actionis de pecunia conſtituta introducta cauſa.*
2. *Singulare in hac actione.*
3. *Qui quibus ex cauſis hac actione teneantur.*
4. *Conſtituti & fidejuſſionis convenientia & diſſimilitudo.*

Actio de pecunia conſtituta edicto prætoris introducta eſt hæc cauſa, ſi quis nudo pacto conſtituerit, ſe ſoluturum, quod ante debitum fuit, 1
l. 1. §. 1. de conſt. pec. l. 2. C. eod. Ex hac cauſa jure civili actio non competit: quippe quo jure ex nuda conventione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interpoſita, actio non datur. Prætor autem conſtituta ex conſenſu facta cuſtodienda putavit, motus naturali æquitate: quoniam ut Ulpian. ait *d. l. in pr. grave eſt fidem fallere.* Grave ſcil. in hac ſpecie maxime, ubi quod jam ex aliqua præcedenti cauſa debetur, nova conventione ſtabilitur ac confirmatur: nam niſi debitum ſit, quod conſtituitur, prætor actionem non dat. Illud in hac actione, ut ſingulare obſervandum eſt, quod ea 2
edicto proponitur non ſtatim, ſed ſub conditione, ſi appareat, eum, qui conſtituit, neque ſolvere, neque feciſſe, neque per actorem ſtetiſſe, quominus fieret, quod conſtitutum eſt, *l. ſi duo 16. §. 1. & ſeq. 6. ſed & ſi 17. & l. ſeq. de pec. conſtit.* Ex quo ſimul intelligimus non amitti actionem actori, ſi moram fecerit in accipiendo; quod ratio juris civilis non patitur; ſed ei ab initio nec datam videri, ſi per eum ſteterit conſtituti die, quominus oblatum acciperet. Nimirum prætori novam actionem præter regulam juris inducenti viſum eſt, eam ſic proponere, ut quam mitiſſime cum reo ageretur, & quæcunque culpa poſſet actori in accipiendo objici, ne actio daretur.

Pro ſe vel pro alio] Is ſolus actione conſtitutæ pecuniæ tenetur, qui quod ante debitum fuit, conſti- 3

Tr tuit,

tuit, *l. 1. §. 1.* & paſſim deinceps, *l. 5. §. 2. l. item illa 18. §. 1. hoc tit. de pec. conſt.* A quo autem debitum ſit, utrum ab eo, qui conſtituit, an ab alio, nihil intereſt, *d. l. 5. §. 2. l. 2. C. eod.* Sed nec illud refert, qua ex cauſa, quove jure debitum ſit, dum aut utiliter peti poſſit, aut naturaliter debeatur, *l. 1. §. debitum 6. & deinceps, l. 3. §. 1. eod.* Hoc amplius, etſi quis conſtituit alii, quam creditori, modo pecunia debita ſit, valebit conſtitutum; nihil enim prætor adjecit, *d. l. 5. §. 2.* Poſtremo & aliud, quam quod debetur, conſtitui poteſt, & quod debetur, conſtitui citeriore die, aut alio loco, quam quo dari oportet, *d. l. 1. §. an poteſt, 5. l. 4. l. 5. in pr. eod.* Id quod ſub conditione debetur, ſive pure ſive in diem conſtituatur, eadem conditione ſuſpenditur, ut exiſtente conditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui pure debet, ſi ſub conditione conſtituat, in hunc eſſe utilem, id eſt, efficacem, actionem, Pomponius cenſuit, *l. id quod 19. pr. & §. 1. eod.*

Nulla ſtipulatione interpoſita] Actioni conſtitutoriæ tunc locus eſt, cum quis nudo pacto ſe ſoluturum conſtituit. Nam ſi ſtipulatio intervenerit, actio honoraria non deſideratur, cum ſit civilis ex ſtipulatu. Illud ſciendum eſt, conſtitutum priorem
4 obligationem non innovare, ſed ei accedere, eumq; etiam, pro quo alius conſtituit, adhuc obligatum manere, *l. ubi quis 28. eod.* Quæ ſpecies conſtituti multa habet cum fidejuſſione communia. Veluti quod liberato priore ſeu principali debitore, liberetur & pecuniæ conſtitutæ reus, *l. in omnibus 43. de ſolut.* quod ei beneficium ordinis & excuſſionis non minus, quam fidejuſſori tributum eſt. *Nov. 4. cap. 1.* & ſi plures ſint pecuniæ pro alio conſtitutæ rei, quod his etiam competit beneficium diviſionis, *l. ult. C. hoc tit.* Cæterum & in multis diſcrepant: nam conſtitutum nudo pacto perficitur, fidejuſſio ſtipulationem requirit: conſtitui poteſt etiam aliud, quam quod debetur, & alii, quam creditori; & quod ulteriore die debetur, conſtitui citeriore. Quorum nihil admittit fidejuſſio, ut docuimus *ſup. de fidejuſſ. ſub §. fidejuſſores 5.* quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus conſtitutum à fidejuſſione vix diſcerni poſſe, ſublata videlicet pacti & ſtipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui ſtipulationum firmamenta pactionibus ſuis non adhibeant, nullum hac in parte diſcrimen fuit inter ἀντιφώνησιν & ἐγγύην communem.

TEXTUS.

De peculio.

II. Actiones autem de peculio ideo adverſus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum ſervorumve ipſo jure non teneantur, æquum tamen eſt, peculio tenus (quod veluti patrimonium eſt filiorum filiarumque, item ſervorum) condemnari eos.

NOTÆ.

Ipso Jure non teneantur] Filiusfam. patrem civiliter non obligat, nec ſervus dominum, *l. 8. de reſc. vend. l. 8. §. ult. de accept.*

Veluti patrimonium] *l. 32. in fin. pr. de pecul.* Peculium autem filiifam. hic profectitium tantum accipimus, *l. 18. in fin. de caſtr. pec. l. 6. & l. ult. C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

1. *Cauſa introducendæ actionis de peculio.*
2. *Hanc actionem non in rem, ſed in perſonam eſſe.*
3. *An actio de peculio, quæ adverſus patrem datur, ſpecie differat ab ea, qua tenetur filius.*
4. *Cujus peculii nomine pater ex contractu filii recte conveniatur.*
5. *Actione de peculio non conſumi obligationem, quæ cum filio aut ſervo contracta.*
6. *Ex delictis actionem de peculio non dari.*
7. *Cauſa, ex quibus ſervus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

Etiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiifam. aut ſervi adverſus patrem aut dominum dantur, ſunt actiones in perſonam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l. 1. C. ne ux. pro marit. l. 1. C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in al. pot.* Sed prætori æquum viſum 1
eſt, ex contractu ſervi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, ſaltem hactenus obligari, quatenus cauſa contrahendi, id eſt, peculium, filio aut ſervo conceſſum pateretur: ne ſcilicet qui bona fide cum ſervis & filiis contraherent, quos, peculium habere ſcirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipſo quod peculium filiis & ſervis concedunt, de eo ſe tacite obligare videntur, & ſimul ſervo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, *argum. l. 1. §. item 5. de acquir. poſſ. l. 1. ſi à par. quis man.* ut proinde qui cum ſervo aut filio contrahit, etiam domini & patris perſonam ſpectare, & eorum quoq; fidem quodammodo ſequi videatur. Porro ut hic 2
locus oſtendit, actio de peculio non eſt actio in rem, ſed in perſonam. Quippe quæ non naſcitur ex ullo jure, quod quis in re habet ſed ex obligatione, uti

paſſim

paſſim legimus dominum & patrem de peculio obligari. Obligantur autem non ex perſona, ſed ex perſona ſervorum & filiorum, propter eam cauſam, quam modo allegavimus. Plane in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea ſequitur, veluti ſi ſervus cum peculio alienatus ſit, *l. & ancillarum 27. §. 2. de pecul.* actionis enim in perſonam natura hæc eſt, ut ſemper adverſus eundem locum habeat, *l. actionum 25. de obl. & act.* Cæterum hoc ideo placuit, quia prætor peculium dominum teneri voluit, & tantum peculio tenus.

Actiones] Utitur numero multitudinis, quia tot ſunt actiones de peculio, quot ſunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depoſiti, &c. de peculio.
3 lio. Quæſitum autem eſt, an actio, quæ de peculio adverſus patrem datur, ſit diverſa ab ea, quæ contra filium competit, ut quemadmodum duo hic ſunt debitores, *l. ſi quis 44. de pecul.* ita & duæ ſint diſtinctæ actiones; an vero una ſit eademque actio. Et certum eſt, numero quidem haſce actiones differre: at non videntur differre ſpecie, ſed actio de peculio cum altera illa eſſe eadem ſpecie actio, novam ſaltem qualitatem habens. Etenim actio de peculio non eſt propria aliqua actio, ſed alterius actionis, puta mandati, depoſiti, ex empto, adjectio; prorſus ut actio noxalis non eſt propria actio ſpecie diſtincta ab ea, quæ directo ex delicto competit, ſed tantum actionis ex delicto adjectio; quanquam novam habet qualitatem *vid. inf. tit. 8.*

De peculio] Peculium ſervi ſimplex eſt, & unius generis, totum in domini, à quo profectum eſt, poteſtate: unde & ſine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium vero filiifam. multiplex & non
4 unius naturæ. Genera ejus ſingula diſtincte expoſita ſunt *ſub tit. 9. lib. 2.* Ex ea autem diſtinctione intelligere licet, patrem non de omni peculio recte conveniri, ſed de profectitio tantum, quod ſolum totum in poteſtate habet. Et quidem de caſtrenſi aut quaſi caſtrenſi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pater jus nullum habet, ſed ipſe filius locum ad jus patriſfam. in eo obtinet, *l. ex caſtrenſi 18. in fin. de caſtr. pecul. l. 30. Cod. eod. l. 2. de ſen. Mac.* De peculio adventitio olim quidem ſimiliter, ut de profectitio in patrem actio competebat: ſed poſtquam Juſtinianus adventitii peculii proprietatem filio conceſſit, & pater tantum uſufructuarius hujus peculii & legitimus adminiſtrator factus eſt, deſiit ex contractu filii de hoc peculio conveniri poſſe, *l. 6. & l. ult. C. de bon. quæ lib.* multo minus igitur conveniri poterit eo caſu, quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet. Coſtalius poſt *Bartol. in l. 1. de pecul. Chriſt. vol. 3. deciſ. 35. n. 2.*

Adverſus patrem & dominum] Ita ut nihilominus ſalva maneat obligatio, quæ cum filio aut ſervo contracta eſt. Quæ res hanc vim habet, ut ſi cum 5
patre actum ſit, adhuc civilis actio contra filium ſuperſit, *l. ſi quis 44. de pecul.* ſi cum domino, ſervus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejuſſor ejus obligationis accipi poſſit, & pecunia à manumiſſo ſoluta non repetatur, *l. eo tempore 50. §. 2. eod. l. 14. de obl. & act.* Itaque quod dicitur, *in dict. l. ſi quis*, eum qui cum filiof. contrahit, duos habere debitores, filium in ſolidum, & patrem de peculio, idem de eo quoque, qui cum ſervo contraxit, dici poteſt, nimirum etiam hunc duos habere debitores, dominum de peculio, ſervum in ſolidum: ſed hoc intereſt, quod cum filio etiam agi poteſt, cum ſervo non poteſt: qua de cauſa Juriſconſultus *in d. l. ſi quis*, filiifam. tantum meminit. Illud per ſe planum eſt, pro eo, quod actor à patre aut domino actione de peculio conſecutus eſt, minui filii & ſervi obligationem: ut & illud, ſi filius conventus pecunia aliunde quæſita ſolverit, etiam patrem liberari.

Ex contractu] Additum hoc conſulto ad removenda maleficia & quaſi maleficia: nam ex delictis 6
cauſiſque pœnalibus actio de peculio non datur, *l. 1. §. ſi filiusfam. 7. de his qui dejec. l. ex pœnalibus 58. de reg. jur.* Cui non obſtat, quod filio ex pœnali cauſa convento & in certam ſummam condemnato, pater tenetur actione judicati de peculio. Nam hic pater non convenitur ex delicto filii, ſed velut ex contractu. Quippe etiam judicio cum filio contrahitur, ſicut ſtipulatione, *l. 3. §. idem ſcribit. 11. de pecul.* Sed nec ulla alia actione ex delicto filii pater conveniri poteſt: dominus autem ex delicto ſervi alia tenetur, nempe actione noxali, *inf. tit. 8.* Cæterū verbo contractus & quaſi contractum hic intelligere debemus, puta tutelam, negotia à filiofam. aut ſervo geſta, quorum nomine etiam de peculio adverſus patrem & dominum actio eſt, *l. ex facto 51. de pecul. l. 14. de neg. geſt. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. 1. C. quod cum eo.* Neque hoc novum eſt, ut quaſi contractus abſolute contractus vocetur, *l. ſed & cum 16. de neg. geſt. l. ult. in quib. ca. pign. tac. d. l. ex contractibus, de obl. & act.* Illud obiter notandū, eſſe quoſdam contractus & cauſas, ex quibus ſervus & filiusfam. dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet, non teneri ex his quatuor; ſi ſervus fidejuſſerit; ſi liberum ſe mentitus judicium ſuſceperit, ſi compromiſerit; ſi jusjurandum detulerit, *l. 3 §. ſi filiusfam. 5. & §. ſi ſervus 8. cum ſeq. l. 5. §. 2. de pecul.* Pater autem ex una tantum cauſa non tenetur, nempe ſi filius mutuam pecuniam acceperit; idque propter Senatusconſultum Macedonianum, quod vetuit, ex hac cauſa actionem aut in filium

um aut in patrem dari. De quo pluſculo ſuo loco *in fin. tit. ſeq.*

Ipſo jure] Ipſo jure idem hic valet, quod jure civili, uti & *in §. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. uſufr. quemad. cau. l. 1. §. ult. de ſuperfic.* Hæc igitur hujus loci ſententia eſt, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & ſervorum adverſus patrem & dominum comparatam à prætore, quia hi non tenerentur eo nomine jure civili, & tamen æquum ſit teneri eos peculiotenus. Poteſt & locus, ſic explicari, ut ipſo jure dictum intelligamus pro mera & ſtricta juris ratione.

Quod veluti patrimonium] Hæc ratio non concludit, niſi factum patris & domini ſimul reſpicias, qui peculium, ejusque ceu patrimonii cujusdam adminiſtrationem filiis & ſervis conceſſerunt.

Condemnari eos] Deducto tamen, quod iis naturaliter debetur, *l. pen. C. quod cum eo, l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. de pecul.* ubi Ulp. ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum eſſe; quia prævenisse dominus, & cum ſervo egiſſe videatur. Item ſi quid his debetur, qui ſunt in ejus poteſtate. Actionis de peculio apud nos nullus uſus eſt.

TEXTUS.

De actione in factum.

12. Item ſi quis poſtulante adverſario juraverit, deberi ſibi pecuniam, quam peteret, neque ei ſolvatur, juſtiſſime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, ſed an juraverit.

COMMENTARIUS.

1. *Qualis ſit actio, quæ ex jurejurando datur, novane aliqua, an vetus.*
2. *In perſonam eam eſſe, quacunque ex cauſa juratum ſit.*
3. *De quo genere jurisjurandi hic tractetur.*
4. *Quam ob cauſam hæc actio à prætore introducta, cui, adverſus quem, quo effectu, detur.*

INter actiones, quæ à prætore proditæ in perſonā ſunt numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A prætore hanc actionem introductam eſſe, non conſtitutam jure civili, apparet ex eo, quod jure civili nulli actio datur, niſi ei, cui quid debetur: nec ſatis eſt, in judicio dicere, ſibi quid deberi, niſi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat; utique non proprie & vere. Cur autem prætor hic actionem conſtituerit, paulo poſt audiemus. In perſonam eſt, utpote proficiſcens ex conventione, *l. qui juraſſe 26. §. ult. de jurejur.* proinde talis etiam tunc, cum in actione in rem juratum eſt. Sed quoniam in univerſum parum liquet, qualis ſit hæc actio, (nam & veterem hic actionem dari legimus, *l. ſi duo 13. § 3. & ſeqq. eod. l. 7. §. ſi petenti 7. de public. in rem. act.* & utilem interdum, *l. ſed ſi 11. ult. l. quod ſi 29. de jurejur.* ſæpe etiam & paſſim in factum) diligentius inquirendum eſt, quid de ea re habendum ſit. Ego ſic ſentio, verbis has actiones diſtingui; cæterum re ipſa unam tantū eſſe, eamque ex ſolo jurejurando naſci, certe una hac cauſa & defenſione niti, quia juratum eſt. Porro hanc eandem modo in factum, modo utilem à Conſultis vocari, modo ſub appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari ſolet, cum dedi aut feci quid, ut viciſſim dares aut faceres: juravi enim, te deferente, ea lege, ut dares aut faceres, quod peto, *d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod. junct. l. 1. & 2. de praeſcr. verb.* Dicitur utilis, propterea quod cum conventio hic aperta non ſit, non potuit dari ex jurejurando actio præſcriptis verbis ſeu in factum civilis; ſed datur in factum prætoria, id eſt, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, ſed verbo magis, quam re; nimirum ob veterem cauſam, quam initio obtendere ad exiſtimationem actoris nonnihil pertinet. Cæterum revera novæ cauſæ intentione nititur, quæ non aliunde naſcitur, quàm ex jurejurando: quapropter etiam in hac ſolū conſiſtit; cujus proprium eſt, ut non aliud quæratur, quàm an juratum ſit, omiſſa quæſtione, an ex priore cauſa debeatur, *l. 5. §. 2. l. 9, §. 1. de jurejur.* Et hoc eſt, quod Paulus ſcribit, *in l. eum qui 30. eod.* hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem cauſam exerceri, ſed jusjurandum actoris conſervari. Plane juramentum præſtitum non impedit, quominus adhuc vetus actio intentari poſſit, *d. l. eum qui*, ſed nemo, qui ſapit; neceſſitati probandi ultro ſe ſubjicit. *Olden. claſſ. 1. act. 9. in affin. rem. Don. c. 8. ad tit. de jurejur.* Proficiſcitur hæc actio ex conventione, *l. ſed & ſi 25. & l ſeq. in fin. eod.* cui conſe- 2 quens eſt, in perſonam eam eſſe, non in rem, etiam tunc cum quis in actione in rem juravit, rem, quam petebat, ſuam eſſe. Nam cur hic quoque non ſit actio in perſonam, cum ſit pariter ex jurejurando, id eſt, ex conventione, cujus generis actiones omnes in perſonam ſunt, nulla in rem? Neque obſtat, quod petitor, qui deferente poſſeſſore juravit, rem ſuam eſſe, ex hac parte edicti agens, intendit, rem ſuam eſſe, non juravit; quæ intentio eſt actionis in rem. Nihilominus enim in perſonam agere intelligitur hoc ipſo, quod agit propter jusjurandum: ideoque & hic actio in factum dari dicitur, quæ utique in perſonam, *l. 11. §. 1. eod.* Denique illud conſtat, non dari eam adverſus

verſus quoscunque poſſeſſores, ut natura eſt actionũ in rem, ſed adverſus eum duntaxat, qui jusjurandum detulit, eosve, qui in locum ejus ſucceſſerunt, *l. 9. §. ult. & l. ſeq. eod.* & ideo quamvis alii hic utilem in rem dari cenſent, per *d. l. 11. §. ult.* effectu tamen juris nihil intereſſe fatentur, in perſonam, an in rem hic agi dicamus. Donellus exiſtimat, tractari ſo-
3 lum hoc loco de jurejurando, quo res tranſigitur nulla interveniente ſententia, & nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio nondum cœpto ſeu ante litem conteſtatam ex conventione actori defertur. Nam ibi ſententia intervenit, actionem ex jurejurando non dari, ſed locũ eſſe actioni judicati duntaxat; videlicet cum jusjurandũ actori defertur poſt litem conteſtatã: ſive à reo approbante judice, quod proprie vocatur judiciale; ſive à judice in cauſa dubia, & laborante inopia probationum, etiam reo invito, ſecundum *l. admonendi 31. de jurej. l. 3. C. eod.* quod jurisjurandi genus dicitur neceſſarium. His enim caſibus judicem præſtito jurejurando, quaſi re ſatis probata, ſecundũ eum ſententiam ferre, qui juravit, *l. jusjurandum 34. §. ult. d. admonendi eod.* De jurejurando neceſſario aſſentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio naſcatur, non defertur: cæterum judiciale etiam huc pertinere arbitror, atque ex eo quoque actionem dari, licet ſententia ſecuta ſit; ſcil. præter actionem judicati. Nam non eſt novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obſtat *l. 34. §. ult. de jurejur.* & omnino ex judiciali etiam actionem dari, evincitur ex *l. 8. Cod. de reb. cred. l. 3. pr. & §. 1. l. 9. §. ult. l. 30. §. 3. de jurej.* Atque *in d. l. 34. §. 7. eod.* petitori, cui relatum eſt jusjurandum, ſi jurare recuſet, denegatur actio. Ubi de jurejurando judiciali agit, arguit relatio, cui in voluntario non eſt locus, *l. 17. pr. eod. Osvvald. Hilling. in Don. lib. 24. C. 18. E. Mudæus ad hunc §. n. 3.*

Poſtulante adverſario] Id eſt, conditione jurandi ab adverſario delata. Nam ſi quis juret, nemine ei jusjurandum deferrente, prætor id jusjurandum non tuetur, quaſi ſibi juraverit. Et alioqui facillimus quisque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum ſe liberaret, *l. 3. de jurejur.*

Iuraverit] Aut cum jurare paratus eſſet, remiſſum ei fuerit jusjurandum. Nam remiſſi eadem vis, quæ præſtiti, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 1. eod. l. 1. l. 8. C. eod.* Remittit autem, qui deferente ſe, cum paratus eſſet adverſarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate ſuſcepti jurisjurandi, *l. 6. eod.*

Juſtiſſime accommodat ei talem actionem] Ju-
4 ſtiſſimũ deo, quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio & conſenſus, qui dum jusjurandum actori defert, hoc dicere videtur, ſi actor juraverit, paratũ ſe ſtare jurijurando, id eſt, præſtare quod petitur. Hinc illa, jusjurandum ſervari propter religionem & conventionem, *l. ſed & ſi 25. & l. ſeq. §. ult. eod.* item ſpeciem tranſactionis continere, *l. 2. eod. id eſt*, jurejurando negotium quaſi tranſigendo inter litigatores decidi, *l. admonendi 31. eod. l. quod ſi 21. de dol.* Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo ſcilicet major ſit facultas litium expediendarum, *l. 1. eod.* Conſtituta eſt igitur actio ei, qui juravit, quid ſibi deberi, aut ſuum eſſe, adverſus eum, qui jusjurandum detulit: & conſtituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure prætorio competit, ita ex contrario, ſi actore deferente juraverit reus ſe nihil debere, datur reo jurisjurandi exceptio: de qua *inf. ſub tit. de except. §. 4.*

Sed an juraverit] Διὰ τὸ σέβας τὴν ὅρκων. Dato igitur jurejurando vel remiſſo non aliud quæritur, quam, an juratum ſit, an parato jurare jusjurandum remiſſum, inſuper habita quæſtione, an debeatur; quaſi id ſatis probatũ ſit jurejurando, *d. l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. eod. l. poſt rem 56. de re judic. l. ſi quis 11. in fin. C. de jurejur.* ubi ejus rei hæc ratio redditur, ne repetita lite finis negotii alterius cauſæ fiat exordium. Et omnino qui adverſarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renuntiaſſe intelligitur, quæ ante jusjurandum præſtatum objici, jurisque jurandi præſtationem impedire aut remorari potuiſſent. Utique tamen ſalvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in cauſa judicati objici potuiſſent, *l. eum qui 30. §. ult. eod. Ant. Fab. C. ſuo, eod. tit. defin. 11.* An jus jurandum prætextu aliquo, ſive inventionis novorum inſtrumentorum, ſive perjurii, retractari queat, & num pœna aliqua pejeranti legibus civilibus conſtituta ſit, diſputare non eſt hujus loci. Conſulantur *DD. in l. 1. l. 2. & l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.*

TEXTUS.

De actionibus pœnalibus.

13. *Pœnales quoque actiones prætor pene multas ex ſua jurisdictione introduxit: veluti adverſus eum, qui quid ex albo ejus corrupiſſet: & in eum, qui patronum vel parentem in jus vocaſſet, cum id non impetraſſet: item adverſus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.*

NOTÆ.

13. Qui quid ex albo] In eum, qui album prætoris jurisdictionis perpetuæ cauſa propoſitum

corrupit, judicium populare 50. aureorum datur. In Pand. Flor. legitur *500. aureorum, l. 7. de jurisd.* Prætorum edicta in tabulis dealbatis conſcripta proponebantur, ut unicuique legendi poteſtas eſſet.

Cum id non impetrasset] *l. 4. §. 1. & deinceps, l. 5. cum 3. ſeqq. de in jus voc.* inque eum quinquaginta quoque aureorum judicium datur, *l. pen. & ult. eod.*

Qui vi exemerit] Adverſus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æſtimata, *l. 1, l. pen. & paſſ. ne quis eum, qui in jus voc. &c.*

Commentarius.

1. *Quale judicium edicto conſtitutum in eum, qui album corrupit: & quid hoc loco ſit album.*
2. *Quid edictum perpetuum, quid temporale: & cur illud corrumpens actione populari teneatur: non item, qui hoc: & utrum pœna fiſco applicetur, an litem occupanti.*
3. *Qui in totum, & qui ſine venia in jus vocari edicto prohibeantur: qui ſine venia vocavit, qua actione teneatur.*
4. *Quæ cauſa prætorem moverit, ut patronum & parentem niſi venia impetrata vocari noluerit: problematice.*
5. *Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram interpretum extenſio.*
6. *Quale judicium conſtitutum in eum, qui in jus vocatum vi exemerit. Hodie vix huic locum eſſe.*
7. *Recenſentur pleraque alia actiones prætoriæ pœnales.*

HAbuimus exempla quædam prætoriarum in perſonam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio geſto proficiſcuntur, reique perſecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum, quæ quidem & ipſæ prætoriæ ſunt & perſonales, ſed ex delicto veniunt, & pœnæ perſecutionem habent; ut actio de albo corrupto, de patrono aut parente ſine venia in jus vocato vi exempto.

Penemultas] Pro *pene* videtur legendum *bene*, id eſt, valde: nam *bene* particula veteribus ſæpe eſt αὐξητική, ut bene doctus, bene magnus, bene longus. Cicero *lib. 2. de Orat. Habetis ſermonem bene longum.* Idem in Rull. *Adoleſcens non minus bene nummatus, quam capillatus.* Oppius *lib. 5. Cum bene magnam multitudinem telorum injeciſſent.* Et mox: *cum bene magnam partem muri conſumpſiſſent.*

1 *Qui quid ex albo*] Exemplum primum actionum pœnalium ex jurisdictione prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum qui album prætoris corrupit, judicium populare quinquaginta aureorum datur, *l. 7. in pr. de jurisd.* Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ editiones habent, *quingentorum aureorum.* Quod D. Cujacio *lib. 10. obſ. 10.* & quibusdam aliis magis probatur, propter gravitatem delicti. Quanquam vix eſt, ut tantæ pecuniæ pœna conveniat judiciis popularibus. Hodie pro arbitrio judicis multari ſolet. *Buſ. ad d. l. 7.* Album hoc loco ſignificat tabulam gypſatam, in qua edictum perſcriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi poteſtas eſſet. Cum autem duplex edictum ſit; unum 2 perpetuum, quod per univerſum prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet cauſis; alterum temporale & paucorum dierum, quod ad cauſas ſingulas & oborta negotia accommodatur; quale eſt citatorium & peremptorium; *l. ad peremptorium 68. cum ll. ſeq. de judic.* ſciendum eſt, pœnale hoc judicium conſtitutum adverſus eos tantum, qui quod jurisdictionis perpetuæ cauſa propoſitum eſt, corruperunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur. *d. l. 7. de jurisd.* Illi auctoritatem magiſtratus violant, & ideo ipſam quodammodo rempubl. civesque univerſos lædere videtur: unde quoque eſt, quod hoc caſu populare judicium prætor propoſuit, id eſt, unicuique ex populo eo nomine actionem conceſſit, *d. l. 7.* Hi tantum privatos offendere intelliguntur, nimirum eos ſolos, quorum gratia edictum propoſitum erat: & proinde ſufficit, hos ipſos injuriam ſibi factam privata actione perſequi poſſe. *Diſſent. Gomez. hic n. 15.* cujus ſententia praxi horum temporum magis convenire videtur. Ait, *corrupiſſet*, ſcilicet dolo malo: nam quod quis per imperitiam, ruſticitatem, aut caſu fecit, ad hoc edictum non pertinet, *d. l. 7. in pr. & §. doli. 4.* Tenetur vero hoc edicto non tantum qui corrupit, ſed etiam qui ſuſtulit, aut corrumpi tollive mandavit, *d. l. 7. §. ult.* Quæritur autem, cum actio ex hoc edicto popularis ſit, utrum pœna fiſco applicanda, an privato litem occupanti. Sed verius eſt, litem occupantis lucro eam cedere. Per *l. 12. de verb. ſign.* & ita poſt *DD. comment. Gomez. hic. n. 29. Schneid. n. 28.*

Qui patronum vel parentem in jus vocaſſet.] 3 Alterum exemplum actionis prætoriæ pœnalis de patrono aut parente ſine venia in jus vocato. Quædam perſonæ ſunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur; quædam quæ vocari prohibentur ſine venia prætoris. In totum vocari prohibentur magiſtratus, qui imperium habent; item omnes, qui neceſſaria aliqua occupatione, ſive privata, ſive publica aut religioſa, diſtinentur, *l. 2. cum 2. ll. ſeqq. de in jus voc.* ſed hæc prohibitio temporalis eſt, finitoque magiſtratu aut negotio expirat. Sine permiſſu ſuo prætor

tor vocari prohibet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronæ: atque in eum, qui adverſus hanc partem edicti fecerit, pœnale judicium quinquaginta aureorum parenti, patrono, &c. conſtituit, *l. 4. cum aliquot ſeqq. l. pen. & ult. d. tit. l. 1. 2.*
4 *3. C. eod.* Cauſam huic edicto dediſſe exiſtimant veterem judiciorum Romanorum morem: ſic enim jus fuiſſe olim, ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire, alioqui vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret: quod filio in patrem, liberto in patronum ſine veniæ petitione permittendum non fuerit, ita fere *Duar. 1. diſput. 1. Ravard. cap. 5. ad l. 12. tabb. Cujac. 10. obſ. 10. Hotom. Don. Vult. ad hunc §.* qui omnes pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri ſolitam fuiſſe non tantum ſine ullo apparitore præceptove judicis, ſed paſſim etiam licuiſſe adverſario vocatum, ni confeſtim iret, vocantemque ſequeretur, aut ſatis vel cautum daret, ſe certo die affuturum, teſtibus adhibitis ducere, trahere, obtortoque ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen, quamvis pauci, qui adduci non poſſunt, ut credant, violentam illam ductionem ſimpliciter & in quoſvis permiſſam fuiſſe. Quid enim ajunt, tam alienum à diſceptationibus civilibus, quam judiciorum omnium exordium fieri ab impreſſione & violentia? Nec vero illa, quæ ſunt apud Comicos, *In jus ambula*; Item *In jus eamus*; & apud Plinium Paneg. *In jus veni: ſequere ad tribunal.* Manus arguere injectionem. Illa quidem arguere, quæ legimus in *Eunucho*; *in jus ducito.* In *Aulularia. Ad prætorem te rapiam.* In *Rudent. Rapior obtorto collo.* Item apud Horatium *1. ſatyr. 9. Rapit in jus.* Sed Horatium aperte loqui de vadimonii deſertore: Comicos autem fere agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & viliſſimum habebatur. In hujus tantum generis homines, aut ejusdem vilitatis, in deſertores vadimonii, aut latitantes; ſi in publico occurriſſent, violentiam iſtam impune exercere potuiſſe. Non obſtare huic ſententiæ edictum, *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.* Nam & eum, qui ſequitur, aut ſequi paratus eſt, vi eximi poſſe, ne eat. Nec verbum *Ducere*, quo utitur Juriſconſultus in *l. 5. §. 1. qui ſatisd. cog.* hoc enim de volentibus proprie dici; ut in illo Senecæ, *Fata volentem ducunt; nolentem trahunt.* Quod autem parentes & patroni ſine permiſſu prætoris à liberis & libertis in jus vocari vetantur, id non hanc habere rationem, quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit, vocatusque, ſi ire recuſaret, manu injecta trahi potuit; quod filio & liberto ſine venia permittendum non fuerit, propter reverentiam parenti & patrono debitam: ſed quia hoc ipſo, quod filius patri, libertus patrono diem dicunt, propriaque auctoritate eos in jus ire jubent, contra reverentiam & pietatem faciunt Et quis denique, agunt, non indignetur, qui audiat, facinus tam indignum à prætore permitti, ut filius patrem, libertus patronum manu injecta in jus rapiat? aut quomodo filius aut libertus id citra impietatem petere poſſunt? His ergo rationibus moti exiſtimant, edictum de in jus vocando pertinere non ad violentam aliquam raptionem, ſed ad ſimplicem vocationem ac denuntiationem; raptionisque violentiam non in quoſvis cives, ſed tantum in perſonas viles, & deſertores vadimonii exercitam fuiſſe. Sententia eſt D. Joan. Vaudi *lib. 2. quæſt. 26.* & Bachovii *ad tit. de in jus voc.* eamque juvare videntur textus in *l. 11. l. 16. l. 18. & ſeq. l. 21. d. tit. l. 2. §. 1. ſi quis in jus voc. non ier.* ubi Paulus ſcribit, eum, qui in jus vocatus non ierit, à competente judice multari; & ſi actoris nihil intereſt, adverſarium ſuo tempore veniſſe, pœnam à prætore remitti. In 5
his regionibus ea pars edicti, quæ eſt de magiſtratibus in jus non vocandis, non obſervatur: ſed poſſunt magiſtratus, omnesque, qui publico aliquo munere funguntur, æque ac quivis privatus in jus vocari, *art. inſtruct. Cur. Holl. 8. 12. & 38. Buſ. Mornac. & Autumn. ad l. 2. de in jus voc. Zypæ, not. jur. Belg. eod. verſ. magiſtratus.* Cæterum in cauſis, quæ ad officium eorum pertinent, ratio citandi nonnihil diverſa. De qua vide *Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 1. tit. 3. cap. 4.* Altera vero pars de parentibus ſine venia non vocandis etiamnum hodie obtinet, quamvis ex auctoritate & juſſu magiſtratus per apparitores viatoresve vocatio nunc peragatur. Dixi, juſſu magiſtratus: nam etſi apud nos in inferioribus tribunalibus apparitores ſive nuntii nullo ſpeciali judicis mandato interveniente, nec libello ſupplice exhibito, (uti fit in Provinciali & ſuprema Curia) ad ſolam petitionem actoris vocationem exequantur: id tamen faciunt, quaſi ex tacito & generali magiſtratus mandato, *Gudelin. lib. 4. de iur. noviſſ. cap. 5. Merul. d. ſect. 1. t. 4. cap. 12. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 154. Perez. C. de in jus voc. n. 3.* Enimvero venia in prima inſtantia ſemel impetrata, eam repetere in ſecunda non eſt neceſſe. Interpretes hanc edicti partem etiam ad alias perſonas extendunt, 1. Ad parentes ſpirituales, quos vocant, id eſt, eos, qui agere volentem de ſacro fonte Baptiſmatis levaverunt. *Alex. Caſtr. & alii in l. generaliter 13. de in jus voc. Schneid. poſt. Angel. Iaſ. hic. num. 42. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 90. num. 7.* quod mihi videtur ſuperſtitionem ſapere. 2. Ad ſocerum, ſocrum, vitricum, novercam, qui jure noſtro parentum loco ſunt genero, nurui, privigno, privignæ, *DD. comm. in d. l. generaliter.* Fulgoſus tamen & poſt eum *Alex. d. loc.* de vitrico & noverca diſſentiunt; & D. Merula *d. ſect. 1. tit. 4. cap. 12.* tradit, more noſtri fori vitricum & novercam poſſe ſine venia in jus vocari. Videndum an non probanda ſit diſtin-

diſtinctio Jaſonis *hic n.75.* inter affinitatem durantem & diſſolutam, cum D. Diod. Tuldeno *comm. ad. tit. de pœn. tem. litig. infra c.5.* 3. Ad præceptorem, quia & hic diſcipulo ſuo parentis loco ſit. *Menoch. 2. arb. jud. quæſt. ult. Alc. in l. 1. C. de in jus voc. n. 8.* Verum alii hoc improbant. *Duar. c. 4. de in jus voc. Iaſ. hic n. 78. Alex. in d. l. generaliter.* Plerique tamen horum diſtinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa veniæ impetratione non ſit opus, in hac contra. Sed hoc admiſſo, præceptorem verbaliter ſine venia citari poſſe, fatendum eſt, edictum, ſecundũ verum ejus ſenſum, de quo ſupra, ad præceptorem non pertinere. Quod ſi ſecundum mores hodiernos de reali citatione diſputemus, quæ in cauſis civilibus rariſſime locum habet, & non niſi ad commiſſionem judicis fieri poteſt, tanto minus hodie iſta diſtinctione utemur. Conſiderandum vero, an inter ipſos præceptores non ſit admittenda diſtinctio, ſeparandusque à qualiquali præceptore operam leviter locante is, qui ſimul & educator, vitæque & morum formator ſit, qualem veteres, teſte Juven. *ſatyr. 7. ſancti voluere parentis eſſe loco.* 4. Ad univerſitatem & civitatem. Nam ex communi opinione non poteſt civis cujusque univerſitatis aut civitatis ſine venia in jus vocare univerſitatem aut civitatem ſuam: quoniam non minus patriæ ſuæ quisque, quam parentibus, debet. *Grammat. conſ. civ. 40. Viv. opin. 119. lib. 2. Schneid. hic poſt Aug. Iaſ. n. 44.* Contrarium tamen cenſuit aliquando Curia Mechlin. teſte Chriſtin. *vol. 2, dec. 90. n. 8.* Poſtremo ſunt, qui nec dominum feudi à vaſallo ſine permiſſu judicis impune in jus vocari poſſe contendunt: inter quos & Merula noſter *d. c. 12.* Sed communis opinio contrarium tenet. *Mynſ. 4. obſ. 92. Gail. de pignor. c. 15. n. 6. D. Praeſ. Everh. in locis legal. à liberto ad Vaſall. in fin. Schneid. hic n. 45. Grot. 2. manuduct. cap. 41. in calce.* Plane, ſi dominus feudi ſimul ſit & dominus territorii, non poterit à vaſallo ſine venia vocari, non quia vaſallus, ſed quia ſubditus, cui utique dominum eundemque Principem ſuum in jus vocare ſine petitione veniæ licere non debet, *Gail. d. cap. 15. Rol. à Vall. conſ. 18. lib. 2. Alciat. ad. l. 2. C. de in jus voc. Arnold. de Reyg. in addit. ad d. obſ. Mynſ. 92.*

Qui vi exemerit eum] In eum, qui vocatum in
6 jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, pœnale judicium à prætore conſtitutum eſt, *l. 1. & paſſ. ne quis eum, &c.* Pœna autem longe alia eſt, quam ſuperiorum: nam neque definita eſt, & admodum magna eſſe poteſt. Litis enim æſtimationem cogitur exemptor ſolvere *l. pen. eod.* ubi Jurisconſultus ait, in eum, qui vi exemit, in factum judicium dari; quo non id continetur, quod in veritate eſt, ſed quanti ea res eſt ab actore æſtimata, de qua controverſia eſt. Quod additum eſt, ut appareat, etiamſi calumniator quis ſit, tamen hanc pœnam eum perſequi. His autem verbis non ſignificatur, actorem in litem juraturum; ſed eam rem æſtimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiamſi res non deberetur, tamen ejus æſtimationem ſolvat. Hodiernis moribus vix eſt ut huic judicio ſit locus.

Et alias innumerabiles] Ὑπερβολικῶς, pro *multas & varias*: veluti contra eum, per quem factum erit, quo minus quis in jud. ſiſtat; de dejectis vel effuſis; de ſuſpenſis vel poſitis; contra nautas, caupones, ſtabularios; *ſup. tit. præc.* contra calumniatores in quadruplum; *§. 25. inf. eod.* item contra menſorem, *ff. ſi menſ. mod. &c.*

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

14. *Præjudiciales actiones in rem eſſe videntur: quales ſunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus ſit, vel ſervus, vel de partu agnoſcendo. Ex quibus fere una illa legitimam cauſam habet, per quam quæritur, an aliquis liber ſit: cæteræ ex ipſius prætoris jurisdictione ſubſtantiam capiunt.*

NOTÆ.

14. Præiudiciales actiones] Præjudicia ſive actiones præjudiciales recte definiuntur à Th. formulæ ſola intentione conſtantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hic petitur reſtitui, ſed tantum ut talis declaretur actor, qualem ſe eſſe contendit.

Una legitimam causam] Utpote quæ ex lege 12. tabb. deſcendit *l. 2. §. 24. de orig. jur.*

Cæteræ ex ipsius prætoris] De partu tamen agnoſcendo quædam cauta ſunt SCtis. *l. 1. l. 3. §. 1. de lib. agnoſc.*

Commentarius.

1. *Præjudicialium actionum definitio: earumgenera & unde ſic appellentur.*
2. *Cur actionibus in rem annumerentur.*
3. *De libertate inter quos agatur.*
4. *Inter quos vertatur quæſtio de ingenuitate.*
5. *Actio de partu agnoſcendo, cui adverſum quem quo effectu detur.*
6. *Actio de jure familiæ inter patrem & filium.*
7. *Quid hæc differat ab illa de parte agnoſcendo.*

Duo

Duobus generibus actionum conſtitutis, uno in rem, altero in perſonam, eorumque cauſis, quantum inſtituto convenire viſum eſt expoſitis occurrit Imperator tacitæ objectioni, qua effici videtur deeſſe aliquid ſuperiori diviſioni, ac proinde eam vitioſam eſſe. Objici enim poteſt actiones præjudiciales utique etiam actiones eſſe, uti nominantur: has autem actiones diviſione iſta non contineri; quippe quæ neque in perſonam, neque in rem eſſe videantur. Non eſſe in perſonam, ex eo apparere, quia non dantur adverſus eum, qui nobis obligatus eſt ad dandum aliquid vel faciendum; quod eſt proprium actionum in perſonam, *l. actionum 25. de oblig. & act.* Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur, ut res noſtra, quæ ab alio poſſidetur, nobis reſtituatur: nullam vero hujusmodi reſtitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfectam igitur eſſe diviſionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Juſtinianus tacite hic removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad ſuperiorem diviſionem pertinere; & nimirum eas videri eſſe actiones in rem: quam recte, videbimus inferius. Præjudiciales actiones ſunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius ſtatu, dum aut unus alterius ſtatum oppugnans in eo aliquid juris ſibi vendicat; aut alter adverſus alterius oppugnationem ſtatum ſuum ſibi defendit. Omnis autem de ſtatu controverſia aut eſt de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ: unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber ſit, an ſervus: alterum de ingenuitate, in quo quæritur, utrum quis libertus ſit, an ingenuus: tertium jure familiæ, in quo quæritur, utrum quis ſit filius, an non ſit: quæ genera etiam hic propoſita ſunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l. quoties 18. de prob. l. ult. ſi ingen. eſſ. dic. l. 3. § 2. de agn. lib. l. 1. §. 2. de rei vind. l. actioni 37. de obl. & act.* ducto nomine non ex eo, quod aliis cauſis præjudicium quandoque adferant, aut quia harum judicium præcedere debeat: hoc enim commune eſt cum aliis multis actionibus quæ tamen non dicuntur præjudiciales, uti videre eſt in *l. Papinianus 8. §. pen. de inoff. teſt. l. per minorem 54. de judic. l. fundum 16. l. fundi 18. l. rei 21. de except. l. 5. in fin de hared. petit. l. ult. C. eod.* ſed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi cauſa ex profeſſo inſtituuntur, atque ut inſtituuntur, ita & ſine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias perſonas, inter quas poſtea de eodem ſtatu quæſtio inciderit, *l. antepen. de ſtat. hom.* quamvis alias res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. de agnoſc. lib.* In his actionibus uterq; & actor & reus eſſe poteſt: cæterum is actoris partes ſuſtinet, eiq; incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, *l. generaliter 12. de except. l. circa 14. de probat.*

1 (left margin)

In rem eſſe videntur] Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non male in rem eſſe dicuntur: quoniam his omnibus qui agit, aliquid ſuum vindicat & aſſerit; dominus ſervum ſuum in ſervitutem, ſervus libertatem; patronus jus patroni; libertus ingenuitatem; pater jus patris, filius jus filii. Sed non per omnia in rem ſunt, ut illæ quæ proprie ita dicuntur: & ideo ait, *videntur.* Nam ex duobus finibus, cæteris propoſitis, priorem tantum præ ſe ferunt; nempe ut talis declaretur actor, qualem ſe eſſe contendit. Nulla hic petitur reſtitutio, cujus condemnatio ſequatur, ut fit in actionibus in rem proprie, ſic dictis, *l. 9. l. qui reſtitere. 68. de rei vind.* quod etiam intellexit Theophilus, cum præjudicium dicit eſſe formulam ſola intentione conteſtantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum ſtatu adverſarii ſententia judicis ſemel conſtituto, actor præjudicium paratum habet, quo conſequatur commoda, quæ ex ſtatu naſcuntur tribuunturque domino, patrono, patri, filio: quæ commoda qualia ſint, ſatis notum eſt. D. Herm Vultejus *hic & diſcept. ſcholaſt. 3.* contendit, præjudiciales actiones, contra quam hic ſcriptum eſt, in perſonam eſſe, non in rem: ſed argumentis parum ſolidis, & quæ vel mediocriter in jure verſati facile confutare potuerunt: qui volet, adeat D. Bachov. *in Treutl. vol 2. diſp. 26. theſ. 4.* ubi ex profeſſo Vultejum refellit. 2

An aliquis liber] Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & cauſa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit. ff. & C. de lib. cauſ.* De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, ſervum ſuum eſſe dicit; alter contra ſervum ſe eſſe negans, liberum ſe eſſe contendit. In domino ultro agente actionem agnoſcas confeſſoriæ ſimilem; in ſervo in libertatem proclamante ſimilem negatoriæ, *l. 7. §. ult. l. 10. de lib. cauſ.* 3

An libertus ſit] Secunda actio præjudicialis, in qua quæſtio ingenuitatis vertitur. De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum ſuum eſſe dicit, ſeque ei patronum eſſe: alter ſe ejus libertum eſſe negat, ſeque aut ingenuum plane eſſe, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum eſſe contendit. Prior jus patronatus ſibi vendicat actione velut confeſſoria; alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *l. circa. 14. l. quoties 18. de probat. l. ult. ſi ingen. eſſe dic.* Quæſitum eſt, contra vaſallos noſtri temporis, qui nolunt dominum recognoſcere, utrum hoc præjudicium detur. Negant 10. *Fab. Zaſ. Schneid. hic num. 20. & DD. comm.* Alio autem pacto domino conſuli a- 4

junt;

junt; quippe qui feudum, tanquam commiſſum, auferre poteſt.

De partu agnoſcendo] Tertia præjudicialis, in qua
5 quæritur de jure familiæ, non utique quolibet, ſed de jure filii. Hujus generis duæ ſunt ſpecies: una quæ hic proponitur, de partu agnoſcendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoſcendo pro partu legitimo, & eo, qui fit ex marito; quod cum quæritur, vi ipſa hoc quæritur, an partus ſit filius & in poteſtate: altera qua agitur in patrem & filium; in qua & ipſa idem illud quæritur, & aperte, an quis ſit filius & in poteſtate, nec ne. De partu agnoſcendo datur mulieri ſoluto matrimonio, contendenti partum legitimum eſſe editumque ex eo, qui maritus fuit, adverſus maritum partus controverſiam facientem, ſive quod neget uxorem ſuam fuiſſe ſive quod ex ſe prægnantem, *l. 1. § quemadmodum 11. de agn. & alend. lib.* Itaque in hac controverſia intendit mulier, ſe & uxorem, puta Lucii Titii, fuiſſe, & ex eo prægnantem: petit, ut ita pronuntietur, quo & maritus partum pro ſuo agnoſcat, agnitum pro juſto filio habere atque alere cogatur, *d. l. 1. § pen. & ult.* Competit autem hæc de partu actio, ſive poſt divortium partus edatur, ſive conſtante adhuc matrimonio editus ſit, *l. 3. § 1. d. tit.* Sed etſi edatur poſt mortem mariti, de agnoſcendo eo cum avo agi poteſt, *d. l. 3. § 2.* Illud hic ſciendum eſt, permitti mulieri, intra triginta dies poſt divortium denuntiare marito ſe ex illo prægnantem eſſe, *d. l. 1. § 1.* qui ſi nec ipſe, nec alius ejus nomine, reſponderit, non eſſe ex ſe prægnantem, etiam ſine judicio partum agnoſcere, & pro ſuo alere cogitur: quanquam non ideo partus illi filius & ſuus hæres efficitur, *d. l. 1. § pœna. 4. & § antepen.* Quæ res facit, ut de eo judicio poſſit expe-
6 riri, non quidem cum matre, ſed cum filio. Altera ejuſdem generis actio eſt, qua agitur inter duos, quorum unus ſe patrem dicit, alter negat: aut contra, unus ſe patrem negat, alter eum eſſe contendit. Pater ſi filium ſuum eſſe dicit, qui ſe filium ejus eſſe neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius ſuus pronuntietur: quod præjudicium intelligit Ulpianus *l. 1. § 2. de rei vind.* Vice verſa, ſi quis pro filio non agnoſcitur, qui ſe filium dicit, huic præjudicialis actio eſt adverſus patrem, qua petat, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoſcatur: quæ actio etiam matri pro filio datur, *l. 3. § 1. de agnoſc. & alend. lib.* Sed & neganti aliquem filium ſuum eſſe aliquando actione opus eſt, ut id ita eſſe declaretur; veluti cum partus ex uxore editus eſt, & cum illa denuntiaſſet ſe eſſe prægnantem, maritus non negavit. Hic enim etſi in re dubia partus pro filio habetur & alendus eſt, tamen non ideo filius efficitur & ſuus hæres, quod facit ſententia pro partu lata, *d. l. 1. § ult. de agnoſc. & alend. lib.* ſed veritati adhuc locus ſupereſt; & poſtquam vere conſtiterit filium non eſſe, ceſſat exinde alendi neceſſitas, *d. l. 1. § Iulianus 12. & § antepen.* Dubium vero non eſt, quin hic neganti actio in eam rem detur: & quæ datur, ipſa itidem ſit præjudicialis, utpote quæ omnia habeat, quæ præjudicii propria eſſe diximus. Et ex diverſo ſi quis pro filio habitus neget ſe filium eſſe, non eſt dubitandum, quin ſimiliter illi actio in eam rem danda ſit, ſicut ei datur, qui ſe negat eſſe patrem, ne ea quæ ſunt filii, præſtare co-
gatur. Ex his intelligi poteſt, longe diverſam eſſe 7
hanc actionem à priore illa de partu agnoſcendo. Nam hic inter patrem & filium controverſia eſt; illic inter uxorem & maritum. Illa de partu ſoli matri adverſus maritum datur, non marito adverſus matrem. Hæc tam filio adverſus patrem, quam patri adverſus filium. Illa datur matri ſolum affirmanti partum juſtum eſſe, & mariti filium, neganti non item. Hæc ſic patri datur adverſus filium, ut detur & affirmanti filium ſuum eſſe eum, cum quo agitur, & contra etiam neganti; atque ex contrario filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non quæritur, an quis ſit filius ex cauſa juſti partus, ſed ex quavis cauſa, qua quis jure civili juſtus filius efficitur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliiſque cognatis dari, ut quis frater vel cognatus, vel de nobili familia pronuntietur, & conſequenter nomen, arma & inſignia familiæ ferre, feudaque & alias ſucceſſiones ſperare poſſit, cum *Bart. Spec. Iaſ. Zaſ.* concludit, *Schneid. hic n. 34.* Duo priora nobis incognita ſunt, quia ſervos aut libertos non habemus.

Una legitimam cauſam habet] Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem cauſam continet, civilis eſt legitima; utpote quæ ex lege 12. tabularum haud dubie deſcendit, quamvis nonnulla etiam à prætore circa hoc judicium conſtituta ſunt, ut patet ex inſcriptionibus reſponſorum ſub *tit. de lib. cauſ.* reliquæ ex juriſdictione prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoſcendo cauta ſunt Senatusconſultis. *l. 1. l. 3. § 1. de agnoſc. lib.*

TEXTUS.

An res ſua condici poſſit.

14. *Sic itaque diſcretis actionibus, certum eſt, non poſſe actorem ſuam rem ita ab aliquo petere,* Si paret, eum dare oportere. *Nec enim quod actoris eſt, id ei dari oportet: ſcilicet quia dari cuiquam intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res quæ jam actoris eſt, magis ejus fieri* po-

poteſt. Plane odio furtum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum eſt, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, Si appareat eos dare oportere: *quamvis ſi adverſus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem ſuam quis eſſe petit.*

COMMENTARIUS.

1. *Vix eſſe, ut hodie perperam agere dicatur, qui rem ſuam ſibi dari petit.*
2. *Difficile expeditu eſſe, quomodo furi res condici poſſit, ſeu cum eo ſic agi, ut intendamus eum rem noſtram nobis dare debere.*
3. *Condictionem furtivam etiam in commodum domini introductam: & in quo iſtud commodum conſiſtat.*

Confirmata diviſione actionum in rem & in perſonam, aliquid ſubjicit, quod ad vim diviſionis pertinet, certe olim pertinuit, cum adhuc formulæ in uſu eſſent. Didicimus, actione in rem ſic quemque experiri, ut dicat, rem, qui ab alio poſſidetur, ſuam eſſe; actione in perſonam ita, ut dicat, adverſarium dare aut facere oportere, *§. 1. ſup. eod.* quanquam quædam actiones perſonales ſunt, quibus hæc formula proprie non conveniat, ſeu in quibus proprie nec dati nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppoſitione infert, non poſſe eum, qui rem ſuam ab aliquo petit, hac intentione uti, *Ajo, te mihi dare oportere:* propterea quod verbum *dare,* cujus alias latior ſignificatio eſt, in hac formula ſignificet, dominium transferre: & dari demum id intelligatur, quod ita datur, ut ejus, cui datur, fiat: quod autem alicujus eſt, id amplius ejus fieri non poſſe, *§. ſed ſi rem 10. ſup. de legat.* quo etiam pertinet, quod alibi traditur, licet ex pluribus cauſis idem nobis deberi poſſit, tamen ex pluribus cauſis idem non poſſe noſtrum eſſe, *l. 14. §. 2. de exc. rei jud. l. non uti 59. de reg. jur.* Sic item in ſtipulationibus verbum dandi ſtricte accipitur, *l. ubi autem 75. §. ult. de verb. oblig.* indeque eſt, quod nemo rem ſuam ſibi dari utiliter
1 ſtipulatur, *l. nemo 82. d. tit. §. 2. ſup. de inut. ſtip.* Cæterum hodie vix eſt, ut perperam agere dici poſſit, qui rem ſuam ſibi dari petit, poſtquam formulis ſublatis viſum eſt ſufficere, actionem, modo aptam rei & negotio congruentem, verbis quibusvis commodis, & id, quod intenditur, utcumque exprimentibus, concipere, *l. un. C. de form. & imp. ſubl.* maxime cum apud omnes auctores Latinos dare etiam pro reſtituere & tradere uſurpetur. Et bene obſervavit D. Hotomann. id quod hic Juſtinianus tradit, ita in actione in rem formulam judicii concipi non poſſe, *Si paret, Lucium Titium dare oportere,* ad illorum temporum rationem referendum eſſe, quo formulæ adhuc in uſu fuerunt, utpote deſcriptum ex commentariis veteris alicujus Juriſconſulti, *add. Præſ. Everhard. conſ. 47. nu. 6. Greg. Tholoſan. 43. ſyntagm. cap. 2. D. Tulden. Cod. de form. & impetr. num. 2. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 146. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 1. cap. 2.* ubi tradit, libellos ſive concluſiones nunc formari ſecundum morem & ſtylum cujusque curiæ aut fori, ubi lis eſt: ſecus conceptas ab auditoribus explodi, & à judice rejici ſolere. Formulæ concluſionum, apud nos uſitatæ, in manibus omnium verſantur bonamque earum partem congesſit *D. Merula d. tit. c. 2.* Plures auctor libri, cui titul. *het nieu verbeterde ende vermeerderde Papegay.*

Plane odio furum] Exceptio ſuperioris regulæ. Una in cauſa receptum eſt contra ſuperiorem definitionem, ut quis rem ſuam ab aliquo petens hac formula judicii experiri poſſit, *ſi paret, eum dare oportere*; nempe in re furtiva adverſus furem, *l. 1. & paſſim de cond. furt.* Ulp. *l. ult. in fin. uſufr. qu. cau.* breviter regulam cum exceptione ſic expreſſit; *nemo rem ſuam ipſi furi condicere poteſt.* Cur hoc in cauſa furtiva contra regulam receptum ſit, docet hic Juſtinianus, nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus tenerentur. Illud autem vix eſt, ut expe- 2
diri queat, quomodo furi res condici poteſt, id eſt, ſic cum fure agi, ut intendamus, eum, quod noſtrum eſt, dare nobis oportere? Utique eo ſenſu, quo verbum dare in formula propoſita accipitur, nempe pro dominium transferre: fieri enim non magis hic poteſt, ut quod meum eſt, mihi detur & amplius meum fiat, aut ut dare vel dominium transferre poſſit, qui dominium non habet, quam ſi res condicatur alii & ex alia cauſa. Quomodo igitur fur, qui dominus non eſt, domino, cui ſoli condictionem furtivam competere conſtat, *l. 1. de cond. furt.* rem dare poterit? Quod ſi hoc impoſſibile eſt, uti profecto eſt, abſurdiſſimum videtur, quod hic traditur, furem ſic conveniri poſſe, ut dare jubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre, in actorem, eundemque rei petitæ dominum. Nodus hic indiſſolubilis eſt, niſi dicamus, in cæteris condictionibus verbum dandi proprie & ſtricte acceptum, eoque intellectum tantum dominii translationem; in condictione autem furtiva idem verbū laxius & improprie ſumptum, ut eo vi ipſa ſignificaretur rei reſtitutio: quod & gloſſ. hic innuit. & facit *l. ſcire 29. §. 1. de verb. obl.* Cæteroquin non video, quæ ratio

dari poſſit, cur ex cauſa furtiva placeat, cum recte agere, qui rem ſuam ſibi dari intendit; ex cæteris autem cauſis ita perperam agi. Plane furi non tantum ex cauſa furtiva, ſed ex aliis quoque cauſis res condici poteſt: quod interpretes vulgo ſic exprimunt, ut dicant, condictiones omnes contra furem degenerare, *fac. l. ult. in fin. uſufr. qu cau. l. ſi urbana 55 in fin. de cond. indeb. junct l. 15. §. 1. eod. l. ſi procuratori 14. in fin. de cond. cauſ. dat. l. 6. §. pen. l. rerum 25. de act. rer. amot. Gomeſ. hic num. 28. poſt Accurſ. lo Fab. Angel. Iaſ.* In eadem cauſa cum furibus ſunt raptores cæterique violenti poſſeſſores: nam & ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, fundus condici à domino poteſt, *l. 1. in fin. cum l. ſeq. de cond. trit. & 16. Donell.*

Quo magis pluribus actionibus] In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum eſt, plures habere actiones, ita in commodum reo pluribus actionibus conveniri poſſe, maxime ſi quarundam vi & poteſtate fortius & efficacius teneatur. Itaque etſi adverſus furem præter actionem furti pœnalem eſſet in rem actio, per quam dominus rem ſibi ſurreptam à poſſidente vindicari poterat intendendo rem ſuam eſſe: placuit tamen, adhuc aliam eamque commodiorem ac pleniorem adverſus furem ejusque hæredem domino dari, qua quidem & ipſa rem perſequeretur, ſed eam condicendo, id eſt, intendendo eam ſibi dari oportere; quæ actio veteribus dicta eſt condictio furtiva, *§ ult. ſup. de oblig. quæ ex del. l. 1. & tot. tit. de cond. furt.* Commodum condictionis duplex. Primum in eo, quod etſi tam condictio hæc, quam rei vindicatio ſoli domino datur, tamen hoc intereſt, quod in vindicatione is, qui agit probare debet ſe dominum eſſe; in condictione ſatis eſt, ſi ſe dominum eſſe dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat quæſtionem dominii. Sed & abſurdum eſſet, ab eo, qui intendit, rem ſibi dari oportere, quod facit, qui condictione experitur, probationem dominii exigere. Quod autem ſoli domino condictio dari dicitur, id non alio pertinet, quam ut excludantur ii, quibus furti actio competit ob hoc ſolum, quod eorum intereſt, furtum factum non eſſe: in quo numero ſunt commodatarius, conductor, creditor pigneratitius, *§ furti 13. cum ſeqq. ſup. de obl. quæ ex del.* Alterum poſitum in eo, quod rei vindicatio non niſi adverſus poſſeſſorem eumve, qui dolo malo poſſidere deſiit, detur; condictio autem furtiva adverſus furem competat, etiamſi non poſſideat, nec dolo deſierit poſſidere, *§. ult ſup. d. tit* quamvis enim furtum ſine dolo non committitur, poteſt tamen poſſeſſio rei furtivæ ſine dolo, imo & ſine culpa furis, amitti. Hinc porro eſt, quod condictio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, *l. 8. l. ult. de cond furt. l. 2. C. eod. & ibi poſt Bart. Bald. Saliceum, don. n. 19. Tuld. ad d. tit. C. n. 5. Chriſtin. vol. 3. dec. 12. n. 2.* Nimirum ut ajunt Juriſconſulti *in d. l. 8. §. 1. & d. l. ult. de cond. furt.* fur perpetuo moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis eſt, ut obligationem perpetuet, id eſt, efficiat, ut debitor perinde perpetuo teneatur: atque ſi res adhuc extaret, *l. 8. de reb. cred. l. ſi ſervum 91. §. ſequitur 3. de verb. obl.* Idem vero effectus moræ non eſt adverſus poſſeſſorem, ſed qui rem ſine dolo poſſidere deſiit, ut maxime ei poſſit objici culpa, quod monitus aliquando rem non reſtituerit, vindicatione non tenetur, *l. qui petitorio 36. de rei vind.* Plane mora judicialis etiam in vindicatione poſſeſſori nocet, puta ſi res poſſeſſa poſt litem conteſtatam periit, ſed ita ſi petitor rem acceptam diſtracturus fuerat, *l. item ſi 15. §. ult. d. tit.* alioqui placet etiam eum, qui poſt litem conteſtatam poſſeſſionem ſine dolo aut culpa amiſit, abſolvendum eſſe, *l. ſin. autem 27. §. 1 eod.* vide quæ nos *ſupr. ad §. 2. hujus tit.* Porro ex prædictis apparet condictionem furtivam non magis in odium furis, quam in favorem domini introductam eſſe.

TEXTUS.

De nominibus actionum.

15. *Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in perſonam vero actiones quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim eſt denuntiare, priſca lingua. Nunc vero abuſive dicimus, condictionem, actionem in perſonam eſſe, qua actor intendit dari ſibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.*

NOTÆ.

CONDICTIONES] Quædam tamen actiones in perſonam hoc nomen ſibi velut proprium fecerunt. *l. 36. h. t.* ut condictio certi, indebiti, ſine cauſa, ob cauſam dati, triticiaria, ex lege, &c.

CONDICERE EST DENUNTIARE] Donat. *ad Pherm. act. 1. ſcen. 2.* Feſtus, *Condictio in diem certum eſt ejus rei, quæ agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, ſeu utriusque litigantium: Condicere enim eſt ſimul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur.

COMMENTARIUS.

1. *Vindicare quid, & vindiciarum: vindiciæ, & aliæ.*

2. *Quid*

2. *Quid veteribus ſit condicere, & cur inde actio in perſonam dicta condictio.*
3. *Pro veteri condictione quid poſtea inſtitutum, & quid hodie.*

Hactenus in ſuperiore diviſione actionem in rem & in perſonam de re ipſa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipſorum generum, ut ſi quando nomina in libris juris occurrent, ut paſſim; ſciamus quæ ſpecies ex ſuperioribus ſignificetur, ad quas deinde jus de ſingulis ante traditum accommodemus. *Appellamus*, inquit, *in rem actiones vindicationes, in perſonam vero condictiones.* Eadem ſententia Ulpianus *in l. actionum 25. de obl. & act. actionum*, inquit, *duo genera ſunt, in rem, quæ dicitur vindicatio, & in perſonam, quæ condictio appellatur.* Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis ſpecies. Neque enim ſolum actio, qua rem dominii noſtri petimus, vindicatio dicitur; ſed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti uſumfructum, ſervitutes, pignora, perſequimur, *l. 1. & paſſim ſi uſuf. pet. & tit. ſi ſerv. vind. l. ult. de pign. act. l. ſi fundus 16. §. in vindicatione de pign.* Et contra omnis in perſonam actio condictio dicitur: quanquam nonnullæ hujus generis hoc nomen ſibi velut proprium fecerunt, *l. ceſſat. 36. de obl & act.* ut condictio certi, indebiti, ſine cauſa, ob cauſam dati, ex lege, &c.

Vindicationes] De origine hujus nominis non conſtat. Probabile quidem multis videtur, quod Hotomann. exiſtimat, *vindico* verbum eſſe compoſitum à vim & dico, quemadmodum *judico*, auctore Varrone *lib. 4. de ling. lat.* concretum ex jus & dico: nam olim in vindicationibus manus conſeri & vim quandam adhiberi ſolitam, quam Cicero *in Grat. pro Cæcin.* quotidianam, A. Gell. *lib. 20. noct. 10.* feſtucariã appellat, quia feſtuca fieri ſolebat. Cæterum non ſine cauſa de eo ambigitur, propter vindictæ verbum quo etiam ultio ſignificatur, & maxime, quia non vim dicere, ſed vim facere dicimur. Sed non eſt, quod de ratione nominis laboremus, cum de ſignificatione conſtet. Vindicare enim rem aliquam nihil aliud
1 eſt, quam aliquid ſibi aſſerere & ſuum eſſe dicere, ſive id dominium ſit aut aliud jus, ſive poſſeſſio quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cum olim mutuæ eſſent vindicationes, *vid. ſup. §. 1. ſub fin.* neceſſario eveniebat, ut in omni cõtroverſia proprietatis ſimul ipſa quoque poſſeſſio dubia & controverſa efficeretur, ac proinde priusquam judiciũ perageretur & principalis quæſtio de proprietate terminaretur, ſententia ferenda eſſet ſuper poſſeſſione. Quæ controverſia dicebatur lis *vindiciarum*, & uno verbo *vindiciæ*, à vindicando, & numero quoque ſingulari *vindicia*, auctore Servio Sulpicio apud Feſt. in voce *vindicia*, ubi Feſtus ait, Servium dixiſſe, *vindiciam eſſe, cum de aliqua re controverſia eſt, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus, & quidem ex duodecim tabulis in re atque loco præſenti apud prætorem; poſtea autem in agrorum controverſiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata, in qua Gellius *20. noct. 10.* ſcribit litigantes tanquam in toto agro vindicare ſolitos fuiſſe. Hinc vero apparet, litem vindiciarum non pertinuiſſe tantummodo ad quæſtionem de momentanea poſſeſſione, quam nunc vulgo recredentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Budæus & Hotomannus; ſed eo verbo veteres ſignificaſſe controverſiam de toto negotio, ſeu de poſſeſſione ſimul & proprietate. Quod etiam evidenter oſtendit locus Asconii *in orat. 3. Verrin.* quem ideo adſcripſi. *Lis vindiciarum eſt*, inquit ibi Aſconius, *cum litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum eſt quis debeat eſſe poſſeſſor. Et ideo qui eam tenet, ſatisdat pro præda litis vindiciarum adverſario ſuo; quo illi ſatisfaciat, nihil ſe deterius in poſſeſſione facturum, de qua jurgium eſt. Rurſus ſponſione ipſe provocatur ab adverſario certa pecuniæ aut æſtimationis, quam amittat, niſi ſua ſit hæreditas, de qua contendit.* Putaverunt, verbo vindiciæ, ſignificari ipſam poſſeſſionem. Quod ego, uti à verbi proprietate nimis alienum eſt, ita falſum eſſe arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *poſtulare vindicias, dare vindicias*, hoc probant. Nam poſtulare vindicias ille dicitur, qui petit, ut ſecundum ſe vindiciæ dicantur; dare, qui in lite vindiciarum ſecundum aut contra aliquem pronuntiat: quemadmodum litem dare ſecundum aut contra aliquem dicimus, pro ſecundum aut contra aliquem judicare. Denique dicere poſſeſſionem; non dicitur, ſed bene, dicere vindicias, locutione ſcilicet figurata, pro dicere ſententiam in lite vindiciarum. Sane veteres etiam res ipſas de quibus controverſia erat, & glebas quoque, quæ ex agro ſumptæ in jus afferebant, nonnunquam vindicias appellant, ſed per metonymiam ſubjecti. Nam in re controverſa fiebant vindiciæ, & in glebis tanquam in agro vindicabatur, ut ex Gellio jam audivimus: qui hoc ipſo ſimul nos docet, quid proprie ſit vendicare, nimirum rem aliquam ſibi aſſerere & ſuam eſſe dicere. Hodie conſtat, vindicationes dici actiones in rem de proprietate, omnique jure, quod quis in re habet: de quibus jam antea explicatum eſt.

Condicere eſt denuntiare] Quod Juſtinianus 2
hic ait, condicere, priſca lingua eſſe denuntiare, id etiam Feſtus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, *eſt dicendo denuntiare: Condictio eſt ejus rei, quæ agitur, denuntiatio.* Donat. in illud *Phorm. act. 1. ſcen. 2. & tibi ſcribam dicam*: *à denuntiatione*, inquit, *in perſonam: ne diceret, non mihi denuntiaſti.*

ſti. Theophilus tradit, priſcis temporibus moris fuiſſe, ut is, qui cum aliquo litem habebat, adverſario ſuo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad judicium accipiendum & litem perſequendam adesſet. Sed ex his nondum intelligitur, quid veteribus ſit condicere. multoque minus, quam rationem habeat, quod inde actio in perſonam dicta ſit condictio. Itaque ſciendum eſt, verbo condicere non ſignificari unius actoris denuntiationem, ſed denuntiationem mutuam & utriusque litigantium. Nam condicere valet, ſimul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur, ut Feſtus quoque hoc verbum interpretatur: & hinc idem verbum translatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, ſtatuunturque ut fiant: ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui ut adſit: & vice verſa denuntiare & promittere te adfuturum. Cic. ad Lentul. *Craſſus cum mihi condixiſſet cœnam, cœnavit apud me in mei generi Craſſipedis hortis.* Sveton. in Tib. *Sexto Claudio libidinoſo ac prodigo ſenicœnam ea lege condixit, ne quid ex conſuetudine immutaret aut demeret.* Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adverſario ſuo denuntiaret, ut in jus veniret: qui aut ire, aut ſponſorem dare compellebatur, fore, ut conſtituto die ſe judicio ſiſteret: quæ res vadatio dicebatur, & ante litem conteſtatam fiebat. Conſtituto deinde à Prætore judicio, diem committendi judicii ſimul dicebant, id eſt, communi conſenſu conſtituebant invicem denuntiando; actor denuntiando reo, quo die vellet eum in judicium venire, reus denuntiando actori ſe eo die affuturum: idque uno verbo dicebant diem condicere; & hinc condictio, mutua illa denuntiatio. Quia vero ad hanc rem fere tertium ſive perendinum diem ſumere ſolebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo hoc planius exponit Aſconio, qui *Verrina 3.* ſic ſcribit: *Comperendinatio eſt ab utrisque litigatoribus invicem ſibi denuntiatio in perendinum diem. Nam cum in rem aliquam agerent litigatores, & pœna ſe ſacramenti peterent, poſcebant judicem, qui dabatur poſt tertium diem: quo dato, deinde inter ſe in perendinum diem, ut ad judicium venirent, renuntiabant.* At enim cum hæc ſive condictio ſive denuntiatio, ſive comperendinatio omnibus in judiciis fieri ſoleret, ſive in rem, ſive in perſonam ageretur, quæ cauſa eſt, quod ſola actio in perſonam nomen condictionis deſignata ſit? Credibile omnino eſt, cum ex duabus iſtis actionum ſpeciebus una certum & proprium nomen inveniſſet, alteram quia proprio carebat, nomine generis appellatam, more loquendi communi & juris auctoribus maxime uſitato. Itaque cum actio in rem ſpeciale & proprium haberet nomen vindiciarum ſive vindicationis, actioni in perſonam nomen utriusque judicii commune relictum fuiſſe. Prolixius hæc exequitur D. Hotomannus.

Nunc vero abuſive dicimus condictionem] Recte *abuſive*: quia non eſt in re, quod verbo ſignificatur. Abuſus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in perſonam ejusmodi condictionem habuit, à qua proficiſceretur. Re ſublata manſit nomen, quod initio actioni fuerat; quemadmodum & in aliis pleriſque rebus priſcis adhuc appellationibus utimur, quantumvis uſu rei exoleto.

Nulla hoc tempore denuntiatio] Juſtiniani ætate vetus illa condictio & ſolennis illa ad judicium denuntiatio obſoleverat. Suſtulere eā Impp. Arcadius, Honorius & Theodoſius; quorum conſtitutio extat *in l. ſi quis 6. Theod. de denunc. vel edict. reſcript.* Novella autem Juſtiniani lege certum tempus hanc in rem conſtitutum: oblato enim libello citatorio viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut ſecum interim deliberet, cedere, an contendere malit, *auth. offeratur. C. de lit. conteſt.* Nos hoc jure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad deliberandum concedat, prout res, perſona vocati, locus, cæteræque circumſtantiæ deſiderare videntur. *D. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 1. tit. 4. v. 14. Gail. 1. obſ. 74. n. 16. & ſeqq. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. c. 5.*

TEXTUS.

Diviſio Secunda.

16. *Sequens illa diviſio eſt, quod quædam actiones rei perſequendæ gratia comparatæ ſunt, quædam pœnæ perſequendæ, quædam miſtæ ſunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid hic vocetur rei perſecutio, quid pœna; & uſus hujus diviſionis.*

PRoponitur hic alia actionum diviſio ſumpta ab objecto; quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Diviſio hæc eſt, quod quædam actiones rei perſequendæ gratia cōparatæ ſunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ quam rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque contineant, ſequentibus aliquot §§. exponit Juſtinian. Illud non exponit, quid hic vocetur rei perſecutio, quid pœnæ; cujus tamen explicatio ad illuſtrandam diviſionem vel maxime facit. Sed quod hic omiſſum eſt, docebit nos definitio rei perſecutoriarum à Paulo tradita,

l. in honorariis 35. de obl. & act. Illic enim ſic Juriſconſultus ſcribit; *Illa (actiones) rei perſecutionem continent, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis abeſt.* Opponit Juriſconſultus perſecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abeſt, perſecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ perſecutionem habere, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis non abeſt. Ex patrimonio nobis abeſſe dicuntur hæc quatuor; quod eſt in patrimonio noſtro, ſed ab alio tenetur; quod eſſe deſiit, ſed ex obligatione nobis reſtituendum eſt; quod nobis debetur ex contractu; quodcumque ejus, quod nobis abeſt, æſtimationem continet, qualis eſt æſtimatio, quæ fit ex jurejurando in litem, *l. 1. l. 8. de in lit. jur.* item pœna conventione promiſſa, quæ & ipſa caveri ſolet loco ejus, quod intereſt, *§. ult. de verb. obl. l. ult. de prat. ſtip.* Quare quæcumque ſunt actiones, quibus horum aliquid perſequimur, eas dicemus eſſe rei perſecutorias; quod ipſum etiam ſpecies ſubjectæ declarant. Et rurſus ex contrario, quæ alicujus rei ex ſuperioribus perſecutionem non habent, eas dicemus eſſe pœnales. In ſumma, rei nomine hoc loco continetur, quicquid eſt extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea duntaxat, quæ jure certo conſtituta eſt. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ ſint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Uſus diviſionis propoſitæ præcipuus & hujus loci proprius eſt, ut intelligamus, quid quaque actione peti oporteat. Eſt vero & ſecundarius, ut dignoſcatur, quæ actiones ſint perpetuæ, quæ temporales; quæ in hæredes dentur, quæ non dentur: de quo infra *ſub tit. de perp & temp. act.*

TEXTUS.

De rei perſecutoriis.

17. Rei perſequendæ cauſa comparatæ ſunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in perſonam ſunt, eæ quidem, quæ ex contractu naſcuntur, fere omnes rei perſequendæ cauſa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in ſtipulatum deductam, petit actor: item commodati, depoſiti, mandati, pro ſocio, ex empto, vendito, locato, conducto. Plane ſi depoſiti agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa depoſitum ſit, in duplum actionem prætor reddit, ſi modo cum ipſo, apud quem depoſitum ſit, aut cum hærede ejus de dolo ipſius agitur: quo caſu mixta eſt actio.

NOTA.

17. QUAE EX CONTRACTU NASCUNTUR] Illæ omnes rei perſecutionem continent, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis abeſt, *d. l. 35. h. t.* Ex patrimonio nobis adeſſe dicitur. 1. quod eſt in patrimonio, ſed ab alio tenetur. 2. quod eſſe deſiit, ſed ex obligatione reſtituendum. 3. quod nobis debetur ex contractu. 4. quod ejus, quod nobis abeſt, æſtimationem continet: quo etiam refero pœnam conventione promiſſam, *§. ult. ſup. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1. *Actiones in rem omnes rei perſecutoria.*
2. *An perſonalium ex contractu alia mixta, quam illa ex depoſito miſerabili.*
3. *Cur hac excepta: & cur in hæredem tantum ex proprio dolo detur.*

OMnes in rem] Actiones in rem omnes comparatæ ſunt rei perſequendæ gratia; quippe quibus omnibus ſine exceptione perſequimur, quod ex patrimonio nobis abeſt, videlicet rem noſtram, aut ad jus noſtrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. 1
Non obſtat, quod in his actionibus ob contumaciam non reſtituentis in litem jurari ſolet, *l. qui reſtituere 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur.* & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cum actori permittatur rem æſtimare etiam ultra rei pretium, *l. 1. l. 8. d. tit.* Nam hæc ipſa pœna nihil aliud eſt, quam æſtimatio ejus quod actori abeſt; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti ſit: ſed tamen quam actor dicit rei ſuæ, quem æquum non eſt cogi ſuo pretio rem ſuam æſtimare, *d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rer. amot.* Atque ut hæc æſtimatio reo pœna ſit, tamen ea non petitur actione, ſed officio judicis, quod actioni ſubſervit, ex accidenti imponitur: actor autem nihil amplius quam rem ſuam petit; & illa quoque ipſa æſtimatio actori eſt rei ſuæ perſecutio, utpote qui ultra id quod ei abeſt, nihil conſequitur, ſi ſpectamus pretium, quo rem ſuam æſtimat: quod ſane æquiſſimum eſt, arbitrio domini definiri, *d. l. 8. de in lit. jur.* Ita ferme & DD. vulgo.

Quæ ex contractu fere omnes rei perſequendæ] Actiones quoque in perſonam, quæ ex contractu naſcuntur, rei perſecutoriæ ſunt: quoniam & his nihil aliud perſequimur, quam quod nobis abeſt. 2
Particulam autem *fere* addidit propter actionem depoſiti miſerabilis, quam & ipſe mox excipit, & mixtam

xtam eſſe dicit. Fortaſſis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta eſt, licet ex quaſi contractu veniat, §. *vi autem 19. inf. eod.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, *l. redhibitoria 45. de ædil. edict.* ſed perperam, meo judicio: nam duplum ea actione non tam ut pœna petitur, quam quod in venditione mancipiorum & animalium duplum à venditione repromitti ſolet, *fac. l. cum autem 23. § ſi ſervus 4. d. titul.* Sic actio qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, ſed rei perſequendæ cauſa inſtituitur; quia ex ſtipulatione duplex competit, *l. 2. & paſſ. de evict. l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua 20. de ædil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.] In eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa depoſitum inficiatus erit, ejusve hæredem fraudulentum, actio in duplum à prætore redditur, *l. 1. §. 1. depoſ.* Merito has cauſas deponendi à cæteris ſegregavit prætor: primum quoniam in aliis caſibus ſpatium deliberandi datur, cui res committenda ſit: in his autem trepidatio nullum tempus ad deliberandum concedit: deinde quia aliis in caſibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras: hæc vero ſingularis eſt, & majore odio digna, quod ubi miſericordia opus eſt, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *d. l. 1. §. 2. & ſeqq. depoſ. l. 1. & paſſim. de incend. ruin. naufr.* Diximus autem, in eum, qui inficiatus erit; quoniam hæc in duplum actio non niſi adverſus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confitentem tantum in ſimplum actio eſt, *d. l. 1. §. hæc autem 4. depoſ. §. ſed furti 28. inf. h. t.*

Aut cum hærede ejus de dolo ipſius] De dolo ipſius, hæredis ſcilicet. Hac enim adjectione Juſtinianus ſignificare voluit, actionem depoſiti miſerabilis tum demum in hæredem in duplum dari, cum ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam ſi cum eo agatur ob dolum defuncti: nam tunc in hæredem in ſimplum duntaxat hoc judicium datur, *d. l. 1. §. 2. l. 18. depoſ.* Non obſtat, quod paſſim traditur, actiones ex contractibus venientes in hæredes in ſolidum dari, licet ob dolum eorum, quibus ſucceſſerunt, conveniantur, *l. 12. l. ex contractibus 49. de obl & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur. cum ſimil.* Nam illa definitio ad actiones pœnales non pertinet, ſed ad eas tantum, quæ ſunt rei perſecutoriæ: & aliud eſt, dari in ſolidum; aliud, dari in duplum.

TEXTUS.

De pœnæ perſecutoriis.

18. Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ perſequendæ cauſa comparatæ ſunt: aliæ tam pœnæ, quam rei perſequendæ; & ob id miſtæ ſunt. Pœnam tantum perſequitur quis actione furti: ſive enim manifeſti agatur, quadrupli, ſive non manifeſti, dupli, de ſola pœna agitur: nam ipſam rem propria actione perſequitur quis, id eſt, ſuum eſſe petens, ſive fur ipſe eam rem poſſideat, ſive alius quilibet. Eo amplius adverſus furem etiam condictio eſt rei.

De mixtis, hoc eſt rei & pœnæ perſecutoriis.

19. Vi autem bonorum raptorum actio miſta eſt, quia in quadruplo rei perſecutio continetur: pœna autem tripli eſt. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato miſta eſt: non ſolum ſi adverſus inficiantem in duplum agatur, ſed interdum & ſi in ſimplum quiſque agat; veluti ſi quis hominem claudum aut luſcum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, ſecundum jam traditam diviſionem. Item miſta eſt actio contra eos, qui relicta ſacroſanctis Eccleſiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommiſſi nomine dare diſtulerint, uſque adeo ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim & ipſam rem vel pecuniam, quæ relicta eſt, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.

NOTÆ.

18. ALIÆ TANTUM POENÆ PERSEQUENDÆ] Paul. *l. 35. hoc tit.* perſecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abeſt, opponit perſecutioni pœnæ. Itaque illæ actiones pœnæ perſecutionem habent, quibus perſequimur quod ex patrimonio nobis non

non abeſt, uno verbo quibus perſequimur pœnam legitimam.

SI ADVERSUS INFICIANTEM] Actio damni injuria ex lege Aquilia inficiatione creſcit in duplum, *§. ult. ſup. de obl. quæ quaſ. ex cont.*

COMMENTARIUS.

1. *Pro mere pœnalibus eſſe & certæ quantitatis pœnæ perſecutorias.*
2. *Quæ quibus exceptis mixtæ.*
3. *Pro pœnalibus quæ habeantur, cum à parte actoris pœnales ſint.*

1 EX maleficiis actiones quæ ſunt, omnes perſecutionem pœnæ habent: ſed quædam ex his pœnæ ſolius, pleræque autem pœnæ ſimul & rei; quæ proinde mixtæ ſunt. Duæ tantum excipiendæ, condictio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ ſolius rei perſecutionem continent, *l. 7. §. 1. & 2. de cont. furt. l. ſi mulier 21. §. pen. de act. rer. am.*

Pœnam tantum actione furti] Actio furti ſive manifeſti ſive nec manifeſti ſolam pœnam perſequitur, *§. ult. ſup. de obl. quæ ex del. d. l. 7. §. 1. de cont. furt.* Ejusdem generis eſt & actio injuriarum; quippe qua nihil, quod nobis abeſt perſequimur, ſed tantum vindictam criminis, *l. 7. §. 1. de injur.* Pro pure pœnalibus habendæ etiam ſunt, actio de albo corrupto *l. 7. de jurisd. § pœnalis 12. ſup. hoc tit.* actio de parente aut patrono ſine venia in jus vocato, *d § 12. l. pen. & ult. de in jus voc.* item actio de ſuſpenſo & poſito *§ 1. tit. præc. l 5 §. prætor. 6. de his dejec.* denique omnes illæ, quibus non perſequimur duplum, triplum aut quadruplum, ſed certam pœnæ ſummam delicto ſimpliciter impoſitam, ſine conſideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

Ipſam rem propria actione perſequitur quis] Eam vel vindicando à quocunque poſſeſſore, vel condicendo furi ejusve hæredi, *§ ult. ſup. de obl. quæ ex del.* ubi hoc latius explicatum eſt:

Vi bonorum raptorum actio mixta] In actione vi bonorum raptorum quadruplum non eſt totum pœna, ut in actione furti manifeſti; ſed in quadruplo continetur & rei perſecutio, ut pœna tantum ſit tripli, *ſup. vi bon. rap. in pr.* ac proinde mixta eſt hæc actio.

Legis Aquiliæ actio] Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam cauſam obtinet, ſeu partim rem, partim pœnam perſequitur, ſive adverſus confitentem agatur in ſimplum, quo caſu res æſtimatur, quanti plurimi eo anno aut diebus 30. proximis fuerit. *§. his autem 9. & 14. ſup. de leg. Aqu.* ſive adverſus inficiantem, quo caſu lis creſcit & in duplum actio redditur, *l. inde Neratius 23. § pen. ad. leg. Aq. §. ult. ſup. de obl. quæ qu. ex contr.* Sed & cæteræ quoque actiones ex maleficiis præter furti & injuriarum, certæque quantitatis pœnæ perſecutorias, quæ mere pœnales ſunt, & condictionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ ſunt rei perſecutoriæ: omnes ſunt mixtæ, id eſt, rei ſimul & pœnæ perſequendæ cauſa comparatæ. Veluti actio ſervi corrupti *l. 14. §. in hac actione 1. de ſerv. corrup.* quod metus cauſa, *l. item ſi 14. §. ſed & ſi 9. & 2 ſeqq. quod met. ca.* de calumnia, *l. 5. §. 1. de calumn.* tripli & quadrupli ob majores ſportulas exactas, *§. 24. & ſeq. inf.* &c. denique & illæ, quæ quaſi ex maleficio naſcuntur, ſimiliter mixtæ fere ſunt, ut intelligi poteſt ex his, quæ de hoc genere tradita ſunt *ſup. de obl. quæ qu. ex del.* Illud ſciendum eſt, quasdam eſſe actio- 3 nes, quæ pro pœnalibus habeantur, & ideo in hæredes non dentur, licet à parte actoris pœnales non ſint. Nam quoties actio factum punit & in dolum tantum concepta eſt, pœnalis habetur, eoque nec adverſus hæredes datur, quamvis propoſita ſit ei, cui eo facto quid abſit, atque ita rei perſecutionem contineat, *l. 9. §. 1. quod falſ. tut.* de quo diligentius diſſerimus *inf. de perp. & temp. action. § 1.*

2

Relicta ſacroſanctis Eccleſiis] Ex quaſi contractu actiones omnes rei perſecutionem habent, utpote quarum nulla ultra id quod abeſt, perſequimur, ut licet intelligere ex generibus harum actionum, quæ exponuntur *ſup. de obl. quæ qu. ex contr.* Una actio ex hoc genere huic excipitur, nempe actio ejus legati & fideicommiſſi nomine, quod relictum eſt Eccleſiæ aut aliis venerabilibus locis; puta noſocomiis, xenodochiis orphanotrophiis, &c. *tit. C de Epiſc. & Cler.* Hæc actio duobus caſibus mixta eſt; & conſtituta in duplum, ſi reus inficiatus erit; ſi tamdiu ſolvere diſtulerit, dum in jus vocaretur, *§ ſed furti 26. inf.* Scholiaſtes Theoph. *οὐ μόνον ἐξ ἀρνήσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑπερθέσεως, ἡ διπλασις εἰσάγεται. τοῦτο εἴρηται βιβ. α. τοῦ κωδ. τ. γ διατ. με.* hoc eſt, *l. 45. C. hoc tit.* in editione Gothofr, & Pacii eſt *l. 46.*

TEXTUS.

De mixtis id eſt, tam in rem, quam in perſonam.

20. *Quædam actiones mixtam cauſam obtinere videntur, tam in rem, quam in perſonam: qualis eſt familiæ erciſcundæ actio; quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate. Item communi dividundo; quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune eſt, ut id dividatur.*

Item finium regundorum actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare : & ſi unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

NOTÆ.

QUÆ COMPETIT COHÆREDIBUS] Tres hæ actiones familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege 12. tabularum deſcendunt, *l. 1. fam. erc. l ult. fin. reg.* quæ ideo conſtitutæ, ut communio, cujus materia diſcordias excitare ſolet, *l. 77. §. 20. d. l. 2.* tollatur. Pac.

QUI CONFINES AGROS HABENT] Ut fines regantur. Regi fines dicuntur, quoties unusquisque ager propriis finibus terminatur.

IN QUIBUS TRIBUS JUDICIIS] Quid judicem in unoquoque horum judiciorum ſequi oporteat, explicatur plenius, *inf. §. 4. & 2. ſeqq. de off. jud.*

COMMENTARIUS.

1. *Quo ſenſu & quam ob cauſam actiones hic propoſitæ dicantur mixtæ.*
2. *Judicium fam. erciſc. inter quos reddatur, & quid contineat.*
3. *Inter quos quæ de re agatur communi dividundo.*
4. *Inter quos finium regundorum, & cujus rei gratia.*

1 PEr occaſionem, quod proxime dixerat de actionibus mixtis, ſubjicit tres alias actiones, quas & ipſas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum ; ſed quæ longe diverſi ſunt generis, longeque aliam ob cauſam mixtæ dicuntur, quam dicuntur illæ, quæ tertium membrum ſuperioris diviſionis conſtituunt : non enim ideo has actiones mixtam cauſam habere dici, quod, ut ſuperiores illæ, conjunctim rei & pœnæ perſecutionem contineant, cum omnes rei tantum perſequendæ gratia comparatæ ſunt ; ſed quia partim in rem eſſe videntur, partim in perſonam. Ex quo ſimul illud intelligimus, hæc eadem judicia alio quoque ſenſu hic mixta vocari, quam quo mixta appellantur in *l. actionis 37. §. 1. de obl. & act.* & alibi duplicia, *l. 2. §. 1. comm. div.* nimirum, quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem perſonam ſuſtinet, actoris videlicet & rei *l. in tribus 13. de jud. l. judicium 10. in fin. reg l. inter cohæred. 44. §. qui famil. 4. fam. erc.*

Miſtam cauſam obtinere videntur tam in rem] In rem eſſe videntur, quia in his quisque de re ſua agit ad inſtar ejus, qui vindicat. In perſonam ideo, quia dantur adverſus eum, qui propter communionem aut terminorum confuſionem nobis obligatus eſt. Notandum autem, quod ſimpliciter ait, has actiones mixtam cauſam obtinere, tam in rem quam in perſonam; ſed obtinere videri. Nimirum, quia id præ ſe ferunt. Revera autem ſunt actiones in perſonam omnino : quippe quæ tales origine & eſſentia ſua, quamvis fine & effectu nonnihil cum actionibus in rem commune habeant, *l. 1. in fin. reg. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* quod fuſius à me expoſitum, *ſup. §. 1 hoc tit.*

Quæ competit pro hæredibus de dividenda hæreditate] Judicium familiæ erciſcundæ eſt, quod inter cohæredes redditur de dividenda hæreditate, hoc eſt, quo hæres agit adverſus cohæredes ſuos, ut res hæreditariæ, prius indiviſæ, dividantur, & à communione diſcedatur, *l. 1. fam. erciſc.* Eſtque hæc princeps hujus judicii cauſa, ſed non ſola : nam & præſtationes quasdam perſonales continet, quibus hæres hæredi propter communionem rerum eſt obnoxius, *l. item Labeo 22. §. penul. d. tit.* Ubi Ulpianus ait, judicium familiæ erciſcundæ ex duobus conſtare, id eſt, ex rebus atque præſtationibus, quæ ſunt actiones perſonales. Rerum diviſio qualis ſit, tum quæ in hac diviſione adjudicatio & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo hujus §. declaratur in §. *familiæ 4. inf. de off. judic.* Præſtationes perſonales inducuntur aut lucri aut impenſarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut ſi quid ad unum ex hæredibus pervenit ex re communi, id cæteris hæredibus communiter, *l. inter 44. §. 2. & 3. fam. erciſc. l. 3. C. eod d. §. 4. inf. de off. jud.* Damni, ut ſi quid damni in rebus hæreditariis datum factum ve eſt culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujusque ſarciat, *l. hæredes 25. §. non tantum 16. & §. item culpa 18. fam. erc. cujus exempla 7. l. & puto 16. pen. l. inter 44. §. quod & facto 5. eod.* Impenſarum, ut ſi quæ ab uno hærede in res hæreditarias factæ ſunt, quas propter partem ſuam neceſſe habuit facere, ei à cæteris pro rata refundantur, *l. his conſequenter 18. §. ſumptuum 3. eod.* Eodem referimus, ſi unus pecuniam à defuncto ſub pœna aut pignoribus debitam ſolverit, *d. l. hæredes, §. idem, juris 13. & ſeq.* Indicantur hæc genera in commune, *l. quibus caſibus 34. pro ſoc.* in judicio communi dividundo, *l. 3. comm. div.*

Communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter 3

ter

ter quos aliquid commune eſt, ut id dividatur] Communi dividundo judicium eſt, quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra cauſam hæreditatis communes ſunt: neque enim intereſt, communes ſint ex ſocietate, an ſine ſocietate, *l.* 1. *&* *l.* 2. *comm. div.* Finis hujus judicii item duplex; unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare oportet, lucri, damni, impenſarum nomine. Nam & hoc judicium iiſdem rebus conſtat, quibus ſuperius, rerum communium diviſione, & præſtationibus iiſdem perſonalibus, *l.* 3. *comm. div.* In diviſione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. *eadem* 5. *inf. de off. jud.* quippe ſemota hæreditatis diviſione cætera ſunt utrique judicio cum altero communia, *l.* 6 §. *cætera* 11. *comm. div.*

Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent] Finium regundorum judicium eſt, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id eſt, ad ſuam normam & certitudinem redigantur; & quod intra iſtos fines quiſque habet, id totum retineat; ſi quid amplius, id confini reſtituatur, *l.* 4. *pr. l.* 8. *in pr. &* §. 1. *fin. reg.* Sed & ſi fines commode dirigi non poſſunt vel propter loci inæqualitatem vel propter veterum limitum incertitudinem, permittitur judici aliis finibus evidentioribus agros diſtinguere. Quo caſu quia neceſſe eſt partem aliquam ex unius agro detrahi & alterius agri domino adjici, ideo res tranſigitur adjudicatione & condemnatione, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *& l.* 4. *eod. tit.* §. *fen. inf. de off. jud.*

Ex bono & æquo adjudicare] Quid judicem hic in unoquoque horum judiciorum ſequi oporteat, explicatur plenius, *inf. de off. jud.* §. *ſi familiæ* 4. *&* 2. *ſeq. de off. jud.*

TEXTUS.

Diviſio tertia.

21. *Omnes autem actiones vel in ſimplum conceptæ ſunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.*

COMMENTARIUS.

1. *An ulla actio plus quam quadruplum perſequatur.*

TErtia hæc actionum diviſio eſt, ſumpta & ipſa ab objecto; ſed ſuperiori diſſimilis in eo, quod illa explicat, quid quaq; actione petatur: resne ſola, an pœna tantum, an utrumque ſimul; hæc quantum peti oporteat, & quouſque in pœna ſupra id, quod nobis abeſt, petendo progredi liceat. Maximi autem actoris olim intererat ſcire quid, & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, §. *ſi quis agens* 33. *inf. eod.* Ait Juſtinianus, actiones omnes vel in ſimplum conceptas eſſe, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo, nullane actione plus quam quadruplum perſequi poſſumus? 1
Si quis ſciens tignum vitioſum aut pecus morboſum vendiderit, reſponſum eſt, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præſtaturum, *l. Julianus* 13. *in pr. de act. empt.* Si quis clavum à navi abſtulit, ut naufragium fieret, cautum eſt Senatusconſulto, ut is omnium rerum nomine teneatur, *l.* 3. §. *ult. de inc. ruin. nauf.* Si ſervus hæres inſtitutus ante aditam hæreditatem occiſus ſit, etiam hæreditatis æſtimationem fieri traditum eſt *in l. inde Neratius* 23. *in pr. ad leg. Aquil.* §. *illud* 10. *ſup. eod.* Atqui in his omnibus litis æſtimatio longe excedere poteſt quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnum datum eſt. Reſpondemus? Quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum eſſe de quadruplo ejus, quod culpa adverſarii actori abeſt; id vero quod abeſt, & τὸ intereſſe actoris, etſi interdum longe & vel decuplo pluris æſtimetur, quam quanti valebat corpus, in quo vel per quod damnum datum eſt, ſimplum tamen ſemper eſt reſpectu univerſi damni, quod actor ſenſit & ideo quantacunque hæc ſit æſtimatio, non in duplum, triplum, &c. actio concipitur, ſed tantum in ſimplum, nempe id non ſolum, quod actori per culpam rei abeſt. An in pœna conventionali quadruplum excedi poſſit, tractavimus ſupra *ad* §. *alteri* 18. *de inutil. ſtipul.*

TEXTUS.

De actionibus in ſimplum.

22. *In ſimplum agitur, veluti ex ſtipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & deniq; ex aliis quamplurimis cauſis.*

COMMENTARIUS.

IN ſimplum ſunt omnes actiones, quæ rei perſecutionem continent; utpote quibus unũ & ſimplum, quod nobis abeſt, perſequimur. Itaq; & ſi quæ ſit, actio ex delicto, quæ rei perſecutionem habeat, ea quoque in ſimplum erit, ut condictio furtiva & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ perſecutionem continent, nonnullæ ſunt in ſimplum, veluti

uti actio ex lege Aquilia extra cauſam inficiationis aut moræ, *§. vi bonorum 19. ſup. eod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. *l. pen. §. 1. hoc tit.* Et ſi quæ ſunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æſtimationem rei & quod actori reveta abeſt, præſtandum. Denique & ex pœnalibus illæ in ſimplum ſunt, in quibus certæ pecuniæ ſumma ſimpliciter lege comprehenſa eſt ſine mentione dupli, tripli aut quadrupli, ut non ex comparatione alicujus ſimpli amplius quid pœnæ nomine conſtituatur, ut cum pœna conſtituitur in decem, viginti aut quinquaginta aureos, *l. 7. de jurisd. l. penult. de in jus vocat. l. 5. §. ait prætor. 6. de his qui dejec. l. pen. C. de ſerv. fug.*

Veluti ex ſtipulatione] Quid ſi duplum, triplum, aut quadruplum in ſtipulationem deductum ſit? *l. ſi dictum 56. de evict.* Dicendum videtur, actorem id, quod ſua intereſt, tanti æſtimantem, adhuc in ſimplum agere, & rem ſolam, non pœnam perſequi.

TEXTUS.

In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifeſti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depoſiti ex quibusdam cauſis. Item ſervi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu conſiliove ſervus alienus fugerit, aut contumax adverſus dominum factus eſt, aut luxurioſe vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus ſit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo ſervus abſtulerit, æſtimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum eſt, ſecundum ea, quæ ſupra diximus.*

COMMENTARIUS.

QUinque actiones recenſet, quibus in duplum agitur, furti nec manifeſti; damni injuria ex lege Aquilia, depoſiti ex quibusdam cauſis, ſervi corrupti ex legato, quod venerabilibus locis relictum eſt. Non exponit an eodem omnes modo in duplum ſint, necne; Quia hoc loco tantum ei propoſitum eſt, oſtendere, omnes in duplum eſſe. Differentiæ indicantur aliis locis, *§. ex maleficiis 18. & ſeqq. ſup. §. ſed furti 26. inf. eodem.*

Depoſiti ex quibusdam cauſis] Quæ comprehenſæ ſunt edicto, nempe *tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, l. 1. §. 1. depoſ. §. rei perſequendæ 17. in fin. ſup. hoc tit.*

Quæ competit in eum cujus hortatu] Actio ſervi corrupti in duplum conſtituta eſt in eum, cujus hortatu, conſilio, opera, ſervus quolibet modo deterior factus eſt, *l. 1. cum ſeqq. de ſerv. corr.* Juſtinianus hoc addit, ut etiam ſolus conatus & nuda voluntas corrumpendi puniatur, *l. ſi quis 20. C. d. tit. §. ſed etſi 8. ſup. de obl. quæ ex del.* Venit in hoc judicium etiam earum rerum æſtimatio, quas ſecum ſervus abſtulit. Duplatur enim omne damnum, *l. in hoc 10. eod.* De filio filiave familias corruptis utilis actio competit officio judicis æſtimanda: quoniam intereſt noſtra, animum liberorum noſtrorum non corrumpi, *l. ut tantum 14. § 1. eodem.*

TEXTUS.

In duplum.

24. *Tripli vero agimus, cum quidam majorem vera æſtimatione quantitatem in libello conventionis inſerunt, ut ex hac cauſa viatores, id eſt, executores litium ampliorem ſummam ſportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum cauſam damnum paſſus fuerit reus, in triplum ab actore conſequetur; ut in hoc triplo etiam ſimplum, in quo damnum paſſus eſt, connumeretur. Quod noſtra conſtitutio introduxit, quæ in noſtro Codice fulget, quam procul dubio certum eſt, ex lege condictitia emanare.*

COMMENTARIUS.

UNa actio in triplum hic commemoratur, lege Juſtiniani conſtituta adverſus eos; qui majorem ſummam vera æſtimatione in libello conventionis inſerunt dolo malo, quo viatores, id eſt, apparitores ſeu litium executores, *§. ſeq. inf. l. 5. §. ne tamen 13. De reb. eor. qui ſub tut.* majores ſportulas conſequantur. Conſtitutio hæc Juſtiniani temporum injuria intercidit.

Libello conventionis] Libellus conventionis dicebatur id ſcriptum, quo actor petitionis ſuæ rationem & ſpeciem futuræ litis in judicio exprimebat, qui libellus poſtea ad abſentem per oratorem mittebatur.

Ampliorem ſummam ſportularum] Sportulas appellat

appellat mercedes ſive ſalaria executorum, quæ Græcis ἐκβιβαστικά, ut plane conſtat ex *l. omnes 33. §. executoribus. 5. Cod. de Epiſc. & Cler. l. in ſacris 12. de prox. ſacr. ſcrin. lib. 12. l. ult. C. de fruct. & lit. exp.* Quanta portio pro ſportulis conſtituta fuerit, incertum eſt. Illud ex hoc ideo intelligimus, pro modo quantitatis petitæ ad certam ſummam & à reo exigi ſolitas. Quod de conſuetudine non amplius obſervari notum eſt *Gudelin. lib. 4. c. 5. in fin.* De ſportulis earumque vario uſu vid. *Fr. Iuret. in not. ad Symmach. lib. 4. epiſt. 35. & Bachov. ad hunc §.*

In triplum ab actore] Datur hæc actio rei in minorem ſummam, quam quæ petita fuit, condemnato, adverſus actorem, qui plus libello comprehendit, quam ei debetur, ut viatores hac occaſione plus etiam ſportularum nomine exigerent. Triplatur autem quod ſupra conſtitutum modum ſportularum, per hanc occaſionem exactum eſt, ſed ita, ut in triplo etiam illud ipſum contineatur. Pœnam hanc primus Juſtinianus in propoſita ſpecie introduxit; nam jure veteri, qui plus quovis modo petiiſſent, cauſa cadebant, id eſt, rem amittebant, *§. ſi quis 33. in pr. & fin. inf. eod.*

Quam procul dubio certum eſt ex lege condictitia emanare] Locus hic procul dubio mendoſus eſt, & ſic cum Ruſſard. Cond. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant, reſtituendus; *Ex qua procul dubio certum eſt ex lege condictitia emanare.* Ut ſit ſenſus, hanc in triplum actionem ex conſtitutione Juſtiniani, eſſe condictitiam ex lege, ſive ejusmodi actionem, quæ condictio ex lege dicitur. Nam quoties nova lege obligatio introducitur, nec cavetur qua actione experiendum ſit, ex lege agitur, *l. un. de cond. ex leg.* Atque hoc modo Theophilum quoque apud Juſtinianum legiſſe, ex paraphraſi ejus apparet.

TEXTUS.

In Quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur; veluti furti manifeſti; item de eo, quod metus cauſa factum ſit: deque ea pecunia, quæ in hoc data ſit, ut is, cui datur calumniæ cauſa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia noſtra conſtitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra noſtræ conſtitutionis normam à reis quicquam exegerint.*

NOTÆ.

CALUMNIÆ CAUSA NEGOTIUM] *l. 1. l. 3. de calumniat.* Et hæc item actio mixta eſt conjunctim pœnam & rem perſequens, *l. 5. §. 1. d. tit.* Eſt autem negotium alicui facere calumniæ cauſa, judicio calumnioſo aliquem vexare. Quint. *lib. 5. cap. 12.*

EX LEGE CONDICTITIA NOSTRA CONSTITUTIO] Leg. *Ex lege condictitia ex noſtra conſtitutione oritur.* Ex lege condictitia actio ex lege. Quomodo & Theoph. hunc interpretatur. Hanc actionem & ipſam mixtam eſſe apparet ex *Nov. 124. c. 3.*

COMMENTARIUS.

Recenſentur hic quatuor actiones, quæ ſunt in quadruplum, furti manifeſti, quod metus cauſa de cauſa, de calumnia, adverſus executores litium, qui plus conſtituto ſportularũ nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio mere pœnalis eſt, reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam ejus, quod abeſt aut intereſt, perſecutio.

De eo, quod metus cauſa] Quod metus cauſa geſtum eſt, prætor ratum non habet, & hoc amplius, ſi, quod ex ea cauſa abierit, arbitrio judicis non reſtituatur, in quadruplum judicium pollicetur, *l. item ſi 14. & §. 1. quod met. ca.* Quadruplatur id omne, quod reſtitui oportet, ſic tamen ut in hoc quadruplo & ſimplum inſit. Quippe mixta eſt hæc actio, non ſolius pœnæ perſecutoria, *l. 14. §. ſed & ſi 9. cum §. ſeqq.*

Ut calumniæ cauſa negotium alicui faceret] Negotium alicui facere calumniæ cauſa, eſt, judicio calumnioſo aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ cauſa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepiſſe dicitur, actio in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepit, competit, *l. 1. l. 3. de calumniat.* Et hæc item actio mixta eſt, conjunctim pœnam & rem perſequens, *l. 5. §. 1. d. tit.*

Item ex lege condictitia noſtra conſtitutio] Hujus etiam loci lectionem vitioſam eſſe certum eſt. Apud Juſtinianum haud dubie ita ſcriptum fuit. *Item ex lege condictitia ex noſtra conſtitutione oritur, &c.* Ex lege condictitia, id eſt, condictitia actio ex lege, quæ ex conſtitutione Juſtiniani oritur in facti ſpecie hic propoſita; quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executoribus litium] Conſtitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli pœnam imponit: illa, cujus hic mentio, in executores directa eſt, qui ipſi in exigendis ſportulis ſummam definitã dolo malo exceſſerunt, data actione in quadruplum, quam & ipſam mixtam eſſe ap-

paret ex *Nov. 124. cap. 3.* ubi Juſtinianus conſtituit, ut ſimplum reddatur ei, qui damnum paſſus eſt, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicunque lege vel decreto Curiæ nuntiis & apparitoribus certa ſumma pro ſportulis conſtituta, ſi quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri poſſe, conſtat, uſu non obſervari.

Subdiviſio actionum in duplum.

26. *Sed furti quidem nec manifeſti actio, & ſervi corrupti à cæteris, de quibus ſimul locuti ſumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli ſunt: at iſtæ, (id eſt, damni injuriæ ex lege Aquilia & interdum depoſiti) inficiatione duplicantur: in confitentem autem in ſimplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis ſunt, non ſolum inficiatione duplicatur, ſed etiam ſi diſtulerit relicti ſolutionem, usque quo juſſu magiſtratuum conveniatur. In confitentem vero, antequam juſſu magiſtratuum conveniatur, ſolventem, ſimpli redditur.*

Subdiviſio actionum in quadruplum.

27. *Item actio de eo quod metus cauſa factum ſit, à cæteris, de quibus ſimul locuti ſumus, eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis juſſu ipſam rem actori reſtituat, abſolvatur: quod in cæteris caſibus non eſt ita, ſed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod eſt & in furti manifeſti actione.*

NOTÆ.

26. OMNIMODO DUPLI] Id eſt, ſi reus fateatur, ſive inficietur, Th.

IN CONFITENTEM IN SIMPLUM] Poteſt itaque hic reus evitare pœnam confitendo.

27. UT QUI JUSSU JUDICIS] In actione quod metus cauſa reo convento pœnam evitare conceditur rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante ſententiam reſtituendo, *l. 14. §. 1. quod met. cauſ.*

COMMENTARIUS.

1. *Actiones omnes apud nos videri rei perſecutorias.*

NOtatur hic nonnulla differentia, quæ eſt inter actiones pœnales, tum quæ ſunt in duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim ſimpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ ſunt, ſed quædam conditionaliter, & ita, ut reo pœnam evitare liceat. Omnimodo in duplum ſunt actio furti manifeſti, ſervi corrupti, & ſi quæ ſunt aliæ ſimpliciter in duplũ conſtitutæ; quippe quæ omnes ita conſtitutæ intelliguntur, ut ſemper & ſtatim pœna exigi poſſit, nec dupli condemnatio evitari. Non ſtatim & ſimpliciter in duplum ſunt, actio legis Aquiliæ, depoſiti miſerabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in confitentem placet in ſimplum tantũ dari, duplicari autem inficiatione, poſtremam etiam fruſtratione & dilatione ſolutionis, usque dum reus judicio conveniatur, *hoc text. §. vi autem, ſup. eod.* Omnimodo in quadruplum ſunt actio furti manifeſti, vi bonorum raptorum, de calumnia, de ſportulis adverſus executores litium, &c. Una tantum ex hoc genere excipitur, actio quod metus cauſa, in qua reo convento pœnam evitare conceditur, rem de qua agitur, arbitrio judicis ante ſententiam reſtituendo. Quod ſi reus judici jubenti rem reſtitui non pareat, hanc contumaciæ ſuæ pœnam patitur, ut in quadruplum condemnetur, *hoc. text. §. item actio, l. item ſi 14. §. 1. & 4. quod met. ca.* Eſt & alia, & quidem inter pœnales omnes differentia, quod ſcilicet quædam ſint mere pœnales, quædam mixtæ; ſed illa ſuperius explicata eſt, *§. ex maleſ. 18. & ſeq. h. t.* Apud nos omnes actiones ſunt rei perſecutoriæ & in ſimplum conceptæ, quia pœnæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt, & ſolus fiſcus pœnas ob vindictam publicam perſequitur judicio criminali. Privatis tantum poteſtas eſt ejus, quod ſibi abeſt perſequendi judicio civili. *Io. Imbert. in enchirid. jur. ſcript. Baro ad tit. ſup. de obl. quæ ex del. comm. part. 2. Gudelin. de jur. nov. 3. c. 13. Grœnevv. de ll. abrog. ad rubr. C. de pœn. & ibi laudati.* Excipienda tamen videtur actio injuriarum, qua ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & profitabilis, ut loquuntur. *Vid. ſup. ad. §. 10. de injur.*

TEXTUS.

Diviſio quarta de actionibus bon. fid.

28. *Actio-*

28. *Actionum autem quædam bonæ fidei ſunt, quædam ſtricti juris. Bonæ fidei ſunt hæ: ex empto; vendito; locato, conducto; negotiorum geſtorum; mandati; depoſiti; pro ſocio; tutelæ commodati: pignoratitia; familiæ erciſcundæ; communi dividundo: præſcriptis verbis, quæ de æſtimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit; & hæreditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hæreditatis petitio eſſet, an non: noſtra tamen conſtitutio aperte, eam eſſe bonæ fidei, diſpoſuit.*

NOTÆ.

28. QUÆDAM BONÆ FIDEI] Id eſt, liberæ poteſtatis judicis, concluſæ tamen intra regulam bonæ fidei. Cic. *in Top.* & *3. de off.* Sen. *3. de benef.* & *2. de Clem.*

QUAEDAM STRICTI JURIS] Strictæ, ſtricti judicii, *l. 5. §. ult. de in lit. jur.* in quibus poteſtas judicis formulæ adſtricta eſt. *Sen. 2. de Clem. Clementia liberum arbitrium habet, nec ſub formula, ſed ex æquo & bono judicat.*

BONAE FIDEI SUNT HAE] ὁριστικῶς. Unde intelligimus & omnes quæ hic enumerantur, eſſe bonæ fidei, & ſolas. Cæteræ ſunt ſtricti juris, utique ſi non ſint arbitrariæ. De quibus *infra, §. 31.*

PRAESCRIPTIS VERBIS] Non omnes, ſed illæ duæ duntaxat, æſtimatoria, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, *l. 1. de æſtim. act. l. 1. de contr. empt.*

NOSTRA CONSTITUTIO EAM ESSE BON. FID.] *l. ult. C. de pet. hær.* Ratio eſt, quia petitio hæreditatis, etſi actio eſt in rem, habet tamen quaſdam præſtationes perſonales, *l. 25. §. propen. D. eod.* propter quas ad naturam actionis negotiorum geſtorum accedit, & mixta perſonalis dicitur. *L. 7. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. Removetur duplex contra propoſitam diviſionem objectio.
2. Actiones bonæ fidei quæ, & unde ſic dictæ.
3. Quæ actiones ſtricti juris, & unde ſic appellatæ.
4. Multæ & inſignes horum generum differentiæ: & an quæ earum adhuc maneant.
5. Bonæ fidei nullas eſſe præter eas, quæ hic recenſentur.
6. Actio finium regundorum cur hic omiſſa.
7. Cur duæ præſcriptis verbis, æſtimatoria, & quæ ex permutatione competit, bonæ fidei.
8. De petitione hæreditatis cur dubitatum.

Duæ præcedentes diviſiones oſtenderunt, quid & quantum petere liceat, pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita eſt. Proponitur hic alia, quæ docet, quid quantumcumque amplius petere liceat pro poteſtate & officio judicis, nulla conventione aut certo jure definitum; quod potiſſimum in fructibus, uſuris, & reliquis acceſſionibus rei petitæ cernitur.

Quædam bonæ fidei, quædam ſtricti juris] Diviſio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod hic aliquæ actiones ſtatuuntur, quæ non ſint bonæ fidei, ſed ſtricti juris: deinde quod in hac diviſione omittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam & diſtinctam à duabus, quæ hic proponuntur, ſpeciem conſtituere videntur, §. *præterea 31. inf. eod.* Quod quædam actiones dicuntur eſſe ſtricti juris, id non videtur convenire conſtitutioni Conſtantini in *l. placuit, C. de judic.* ubi magis ait placere, in omnibus rebus præcipuam eſſe juſtitiæ æquitatisque, quam ſtricti juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur, quod generaliter conſtitutum eſt in *l. 4. Cod. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus conſiderari æquum eſſe. Nam in contractibus omnibus bona fides ſpectatur, etiam in actionibus omnibus, certe iis, quæ ex contractu proficiſcuntur, pariter bona fides ſpectanda. Cæterum neutrum propoſitæ diviſioni obſtat. Non primum, quia in *d. l. placuit.* Juris verbum jus conſtitutum ſignificat, quomodo dicimus, jus gentium, jus civile. Hoc jus ſi ſummum eſt, ſeu, ut in conſtitutione nominatur, ſtrictum, id eſt, ſi verbis tantum nititur contra ſententiam & rationem legis, nunquam ſequimur, ſed æquitatem, id eſt, mentem & ſententiam legislatoris. Atque hoc ſenſu concedimus, nullas eſſe actiones ſtricti juris. At cum dicimus, quaſdam actiones eſſe ſtricti juris, verbo juris poteſtas ſignificatur, uti & alibi ſæpe: nec aliud eſt, quaſdam actiones eſſe ſtricti juris, quam quaſdam eſſe ſtrictæ ſeu adſtrictæ poteſtati judicis: ſicut ex contrario nihil aliud eſt, actiones quaſdam eſſe bonæ fidei, quam quaſdam eſſe liberæ poteſtatis judicis, qui æſtimare poſſit, quicquid eſt ex bona fide, §. *in bonæ 30. inf. eod.* Erratque adeo Theophilus, & cum eo Pacius in analyſi ſua, dum putant, quaſdam actiones ſtricti juris ideo dici, quod in his judex τὸ ἀκριβοδίκαιον, ſummum & ſtrictum jus, ſequatur. Ad alterum, quod ex *l. 4. C. de obl. act.*

ob-

objicitur, reſpondeo, in omnibus quidem contractibus ſpectari bonam fidem: ſed non ſpectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus ſtricti juris etiam bona fides ſpectatur, ſed ſecundum communem quandam æquitatis regulam, hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris ſubtilitas adverſus bonam fidem æquitatemque valeat, *l. dolo, C. de inutil. ſtipul. l. ſi quis 36. de verb. obl.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam reſpectu conſideretur bona fides & æquitas, ſive quod in his non præſtetur, quod ſit contra bonam fidem, quamvis id forte ſubtilitate juris præſtandum videatur; ſed quod in his ſumma deſideretur æquitas, res tota æſtimetur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Planius & certius hæc intelligentur poſtea. Sed eſto, inquis; illud tamen vitium diviſio habet, quod imperfecta & manca eſt, ut quæ ex tribus actionum generibus inter ſe diſtinctis duo tantum poſuit, tertium actionum arbitrariarū omiſit. Reſp. Eſſet imperfecta hæc diviſio, ſi Imperator in duobus generibus quæ hic proponuntur, conſtitiſſet, nec mox adjeciſſet tertium. Nunc autem cum ſtatim & continentur unoque ductu diviſionis tertiam illam ſpeciem ſubjiciat, *§. præterea 31. inf.* perinde id haberi debet, ac ſi tres ſpecies eodem loco propoſuiſſet, & diviſio tripartita cenſeri. An autem actiones arbitrariæ revera conſtituant novam ſpeciem, & à duabus, quæ hic ponuntur, plane diverſam, videbimus ſub *d. §. præterea.*

Actiones bonæ fidei ſunt, in quibus libera poteſtas judici permittitur æſtimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præſtare oporteat. Deſcriptio totidem pene verbis expreſſa *l. 2. §. 3. l. 5. pr. de obl. & act. §. in bona 30. inf. eod.* Duo itaque ſunt, quæ judicium bonæ fidei conſtituunt, libera poteſtas æſtimandi arbitrandive judici tributa, & hæc ipſa poteſtas intra modum & regulam bonæ fidei concluſa. Ex libera poteſtate eſt, quod hæc eadem judicia paſſim arbitraria vocantur, & judex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his judiciis omnis æſtimatio & condemnatio judicis eſt ex bona fide, ſeu in id, quod ex bono & æquo quemque præſtare oportet. Putat D. Hotomannus cauſam & originem nominis eſſe ex ipſa formula, eo quod prætor in his judiciis ita jubebat judicari, ut adderet, ex bona fide, ut judicat Cicero in *Top. & lib. 3. de offic.* Sed ut hæc ſit cauſa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus quippe qui & ipſi non minus, quam actio ex his deſcendens, bonæ fidei appellantur, *l. ex empto. alias l. emptorem §. ult. de act. empt. l. mora. ff. §. 2. de uſur. l. eum qui 22. de donat. l. in bona. 13. C. de pact. l. 3. C. de reb. cred.* & aliis locis: oportet tamen ſuperiorem aliquam cauſam eſſe, ob quam prætor in quibuſdam judiciis liberam judici poteſtate faceret, clauſulamque illam ex bona fide adjiceret, in aliis vero judicem adſtringeret formulæ. Atque ego omnino exiſtimo, cauſam hanc accerſendam à natura & conditione ipſorum contractuum: nimirum quoniam quidam contractus ita comparati ſunt, ut in his interpretandis æquum ſit laxiorem judici poteſtatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio ſit circumſcribenda. Prioris generis ſunt contractus mutuæ præſtationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Poſterioris ubi unus tantum obligat, & unus obligatur, *arg. tit. de obl. ex cont. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque eſt, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum ſit, quam quid æqui bonique ratio utrinque poſtulet, ſpectari. Cum autem unus tantum obligatur, non eſt admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præſtetur, de quo non expreſſe convenit, aut quod natura contractus non continetur, ex definitione *l. quicquid 99. de verb. obl. l. 3. de reb. creditis.* Ex hac inquam diverſitate contractuum procul dubio eſt, quod prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam judicii concipiebat, modo laxius adjecta clauſula ex bona fide, ut in actionibus deſcendentibus ex contractu utrinque obligatorio; modo anguſtius & ſtricte, ut in actionibus, quæ proficiſcuntur ex contractibus μονοπλεύροις; veluti ex mutuo, pro mutuo, ſtipulatione, &c. hoc idem & Theod. Hermopol. ſenſiſſe arguunt verba ejus, quæ legimus *lib. 10. titul. 4.* περὶ ςρίκτων ἤτοι μονοπλεύρων, eſtque hujus rei etiam hoc argumentum, quod idem actionum diſcrimen, & res ipſa etiam nunc manet, quamvis formulæ & impetrationes actionum ſublatæ ſint: nimirum quia formulis ſublatis nihilominus prima cauſa diſcriminis, eadem conventionum diverſitas, manſit. Porro bonæ fidei eſſe eas actiones omnes & ſolas, quæ ex contractibus διπλεύροις veniunt, oſtendit cum actionum bonæ fidei definitio, tum ſpecierum hujus generis apud Juſtinianum collectio. Reliquæ, ſi non ſunt arbitrariæ, ſunt ſtricti juris, ſive ex contractu, ſive ex delicto deſcendant. Ex his ſimul intelligi poteſt, quæ ſint actiones ſtricti juris, nimirum illæ, in quibus poteſtas judicis formulæ adſtringitur, ſeu iis rebus, in quas prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi cauſa, in his actionibus formulam judicii concipiebat, *Si paret, Mævium Sempronio centum ex ſtipulatu debere, tum Mævius damnetur.* Hæ inquam actiones dictæ ſunt ſtricti juris, item ſtricti judicii, quia in his judex non plus poterat, quam formula exprimebat: qua de cauſa nec judici in his dato nomen arbitri convenit nec judicio

nomen

nomen arbitrii. Quod diſcrimen reſpiciens Seneca *lib. 3. de benef. Melior*, inquit, *videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad judicem quã ſi ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: hujus libera, & nullis conſtricta vinculis religio eſt.* Id. Sen. *lib. 2. de Clement.* ad hanc judiciorum differentiam alludens, *Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet, nec ſub formula, ſed ex bono & æquo judicat.* Ex hoc autem fonte, quod judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æſtimat, in ſtrictis formulam præciſe ſequi tenebatur, natæ ſunt multæ & inſignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehenſæ ſunt, & Juriſconſultorum diſputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria ſunt maxime hæc. 1. Quod in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præſtandis nihil convenit, ſi ut præſtentur, ratio bonæ fidei exigat; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, cæteraque, quæ ſunt moris & conſuetudinis, *l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua 20. de ædil. edict.* item incommoda reticentia aut diſſimulatione unius alteri illata; verbi cauſa, ſi venditor celet emptorem vitium aliquod, aut quid aliud, quod ſcire emptoris intereſt, aut ſi fallendi cauſa obſcure loquatur, aut malitioſe diſſimulet, non evitabit actionẽ ex empto, quæ bonæ fid. eſt, ſed in id omne, quod emptoris intereſt, condemnabitur, *l. 1. §. 1. l. Julian. 13. pr. l. ſi ſterilis 21. §. 1. l. in venditione 41. de act. empt. l. ea quæ 43. §. ult. de contr. empt. l. 1. §. 1. & paſſ. tot. tit. de ædil. edict.* nempe in judicio bonæ fidei ſemper dolus malus præſtatur, etſi nominatim cautum non ſit, eum abeſſe abfuturumque eſſe. *l. 6. in fin. de act. empt. d. l. ea quæ. 43. l. ſi cum fundum 68. §. 1. de contr. empt.* tantumque valet officium judicis, quantum in ſtipulatione nominatim facta ejus rei interrogatio, *l. 7. de neg. geſt.* 2. Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maxime contrarius eſt, *l. 3. §. ult. pro ſoc. l. 5. C. de reſc. vend* ideo ſi quid in his contractibus geſtum ſit ab initio dolo malo, id ipſo jure non valet; utputa nulla eſt venditio, ſi quis in hoc circumſcriptus ſit, ut venderet, *l. eleganter. 7. de dol. mal.* Ipſo jure nullius momenti eſt ſocietas, ſi dolo malo, aut fraudandi cauſa inita ſit, *l. 3. §. ult. pro ſoc. l. in cauſa 16. §. 1. de minor.* Et hoc eſt, quod vulgo interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei cauſam dat, contractum ipſo jure nullum eſſe, nullamque ex eo actionem naſci. Secus autem eſt in dolo incidenti; qui purgatur actione ipſius contractus, aut exceptione, ſi conveniatur, qui dolum paſſus eſt, *l 13. §. 4. & ſeqq. de act. empt. l 2. C. eod. d. l. & eleganter §. 3. de dol. mal.* qua de re conſule Bachovium *diſput. 6. de act. theſ. 16. & ſeq.* ubi tamen ſententiam communem reſtringit ad contractus qui ſolo conſenſu conſtant, quaſi in cæteris interventus rei impediat, quominus actus ſit ipſo jure nullus. De metu non idem, quod de dolo, ſtatuendum, apparet ex verbis edicti de eo, quod *met. cauſ. & textu expreſſo in l. 4. & 5. Cod. de his quæ vi met. cauſ.* de quo item adi *Bach. d. loc.* & noſtra *lib 1. ſel. quæſt. 12. 3.* Quæ ex cauſa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriorem, ſed adhuc integra adverſus eum vetus actio maneat, *l. 3. §. 1. commod. l. 1. §. ſi res 16. depoſ.* 4. Quod in bonæ fidei judiciis poſt moram etiam acceſſiones officio judicis præſtentur, in pecunia uſuræ, in cæteris rebus fructus. De uſuris diſerte hoc traditum eſt in *l. mora 32. §. 2. de uſur.* Ergo de fructibus idem dicendum: quoniam ſi ideo uſuræ in bonæ fidei contractibus ex mora præſtantur, quia vicem fructuum obtinent, ut diſputat Juriſconſultus *in l. uſuræ 34. de uſur.* fructuum quoque eandem conditionem eſſe oportet, *fac. text. in l. 3. in pr. eod.* nam actio ex teſtamento in his, quæ ex mora præſtantur, imitatur naturam actionum bonæ fidei, *d. l. uſuræ de uſur. l. 3. C. in quib. cauſ. in int. reſt.* 5. Quod in judiciis bonæ fidei neceſſe non eſt exceptionem initio litis conteſtari, ſed ſatis ſit quandoque, ante rem judicatam exceptionem objici, qua deinde probata officio judicis convenit, reum abſolvere. Non eſt hic contrarium, quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum eſt, excedere poteſtatem judicis non poſſe, *l. ut funeris 18. comm. divid.* Nam in bonæ fidei judiciis vi ipſa & poteſtate judicii exceptiones in judicium deduci intelliguntur, cum in his judex judicare jubeatur ex æquo & bono: idque veteres ſignificant, cum ajunt, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, his contineri, & ſi non excipiatur, ſatis per officium judicis conſuli, *l. 3. de reſc. vend. l. ſed ſi ideo 21. in fin. ſol. matr. l. hujuſmodi 84. §. qui ſervum 5. de legat 1. l. plane 38. l. ult. de hær. petit.* In judiciis ſtricti juris omnia hæc contra ſe habent. In his enim ea demum præſtantur, de quibus nominatim convenit, nihil amplius, *l. quicquid 99. de verb. obl.* niſi ſit, quod natura negotii contineatur, *l. 3. de reb. cred. l. indebiti. 15. de cond. ind.* Qua de cauſa in ſtrictis judiciis non veniunt ea, quæ ſunt moris & conſuetudinis: per *d. l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua 20. de ædil. edict.* Ubi non expreſſe clauſula de dolo ſtipulationi inſerta eſt, vel ſeparatim de dolo cautum, deficit actio ex ſtipulatu, & de dolo agendum eſt, *l. & eleganter 7. §. 3. in fin. de dol. mal.* Subſiſtit ipſo jure ſtipulatio, & ſemper excipiendum eſt, ſive dolus cauſam contractui dederit, ſive inciderit, *l. ſi quis 36. de verb. obl. l. dolo C. de inut. ſtipul.* In re deteriore facta, quæ ex contractu ſtricti juris, veluti eſt ſtipulatu, debita fuit, placet promiſſorem

rem eam præſtando vetere actione liberari, & ſi quid dolo in ea fecit, teneri actione de dolo. *d. l. 7. §. 3. de dol.* De uſuris jus certum eſt, has in ſtricti juris contractibus ex mora non deberi, cum ut debeantur ex mora, id bonæ fidei judiciis tantum tribuatur, *l. mora 32. §. de uſur. l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* Sed & diſerte traditum eſt, in ſtrictis judiciis citra vinculum ſtipulationis uſuras peti non poſſe, *l. Titius 24. de præſcr. verb. l. 3. C. de uſur.* Quare nec poſt litem conteſtatam in his judiciis currere incipient *l. 1. C. de cond. ind.* Nam quod dicitur, *l. lite 35. de uſur.* lite conteſtata uſuras currere, id non hanc habet ſententiam, uſuras poſt litem conteſtatam incipere currere ſeu incipere deberi, ſed debitarum curſum lite conteſtata non retardari, deberi cœptas poſt litem conteſtatam perſeverare, *l. 1. C. de judic.* de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta uſuræ non currunt ſeu curſus uſurarum ſiſtitur, *l. novatione 18. de novat.* litis autem conteſtatio novationem quandam inducit, *l. de legare 11. § l. aliam 29. d. de tit. l. 3. §. idem ſcribit. 11. de pecul.* Sed reſponſum eſt, aliam eſſe cauſam novationis voluntariæ, aliam judicii accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem ſuam deteriorem facit, *d. l. aliam add. Don. hic n. 31. Perez. ad tit. C. de uſur. n. 22.* De fructibus in ſtrictis actionibus hoc obſervatur, ut ſi quis actionem habeat ad conſequendum, quod ejus non fuit, veluti ex ſtipulatu fructus non conſequatur, etiam mora facta ſit: poſt acceptum autem judicium etiam fructuum ratio habeatur, quia omnis cauſa reſtituenda eſt, *l. videamus 38. §. ſi actionem 7. de uſur.* In iis autem actionibus, quibus repetimus, quod noſtrum fuit, cujuſmodi ſunt condictiones earum rerum, quæ à nobis profectæ ſunt, ut condictio ob cauſam datorum, condictio indebiti, ſine cauſa. &c. fructus ex quo primum tempore res accepta eſt, una cum re reſtituendi ſunt ex ipſius negotii natura & quaſi lege, *l. indebiti 15. de cond. ind. d. l. videamus §. 1 & aliquot ſeqq. Don. de fructib. c. 1.* Plane in actione ex teſtamento, quæ natura ſua ſtricti juris eſt, *l. 5. in fin. cum l. ſeq. de in lit. jur.* favore ultimæ voluntatis placuit uſuras & fructus venire ex mora, ad inſtar bonæ fidei judiciorum, *l. 3. l. uſura 34. de uſur. l. 3 C. in quib. ca. in int. reſt.* Denique in ſtrictis judiciis neceſſe eſt exceptionem initio litis conteſtari, & vel à reo agnoſcente intentionem actoris ſtatim probari, vel à dubitante tantiſper omiſſam, donec actor intentionem ſuam probavit antequam ſententia feratur, *l. 9. C. de præſc. long. temp. l. 8. & l. 9. C. de exc.* Non conteſtatam poſtea objicere non licet: de quo fuſius alibi. Sunt & aliæ horum generum differentiæ, veluti quod in bonæ fidei judiciis præſtentur etiam fructus percepti eo tempore, quod judicatis datur: in ſtrictis autem hoc tempus à fructuum perceptione immune ſit, *l. 3. pr. & §. 1. de uſur.* Quod in illis in ineunda rei deperditæ æſtimatione tempus rei judicatæ ſpectetur: in his tempus litis conteſtatæ, *l. 3 §. 2. commod.* Quod in illis juretur in litem, in his non item, niſi in caſu ſingulari, *l. 5. pr. & §. ult. cum l ſeq. de in lit. jur.* Proferuntur præterea & aliæ quædam ab aliis differentiæ, quas ideo prætermitto, quia non usque adeo explorati juris ſunt. Apud nos tota hæc judiciorum diſtinctio generali deſuetudine pene deleta eſt, & genera actionum ſic confuſa, ut omnes vi & effectu nunc videantur eſſe bonæ fidei. Illud tamen diſcrimen adhuc manet, quod quamvis uſuræ in bonæ fidei judiciis debeantur ex mora, in ſtrictis tamen non debeantur niſi à tempore litis conteſtatæ. Fructuum autem, quorum cauſa favorabilis in utroque genere eandem eſſe præſtationem accepi: quod ſane in Gallia expreſſe ſancitum. *Imbert. in enchirid. verb. evictione an liceat. Rebuff. ad conſt. Reg. tom. 3. tract. de fruct. art. 1. add. Baro. inſt. de off. jud. comm. part. alt. Gudelin. 3. de jur. noviſſ. cap. 13. Grœnevv. de legib. abr. ad h. §.*

Bonæ fidei ſunt hæ; ex empto, vendito, &c.] Obſervandum eſt, quod non ait, *Bonæ fidei ſunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut fit, cum exempli gratia quædam proferuntur: ſed ὁριστικῶς. *Bonæ fidei ſunt hæ, ex empto, vendito*, & quæ ſequuntur: indicans, ſe eas omnes, quæ ſint hujus generis, ex profeſſo recenſere. Ex eo enim intelligimus, non tantum actiones omnes, quæ hic enumerantur, eſſe bonæ fidei, ſed etiam præter has bonæ fidei nullas eſſe: cæterasque, ſi arbitrariæ non ſint, de quibus *§. præterea 31.* eſſe ſtricti juris. Et igitur in hoc numero ſunt actio ex ſtipulatu, ex teſtamento, *l. 5. §. ult. & l. ſeq. de in lit. jur.* ex cauſa donationis, *l. eum qui 22. de donat.* condictio indebiti, *l. 1. C. de cond. ind.* & condictiones reliquæ. Item actiones pœnales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hic non nominantur. Non obſtat, quod nonnullæ actiones, quarum hic mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ eſſe ex bono & æquo: ut condictio indebiti, *l. pen. de cond. ind.* actio funeraria, *l. & ſi quis 14. §. hæc actio. 6. de relig.* actio injuriarum *l. 11. §. 1. de jurejur.* item actio præſcriptis verbis de præcario, *l. 2. de precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicuntur, quia initium eas conſtituendi fit ex bono & æquo: ſed quia, ut ſupra diximus, in his omnia ex bona fide dijudicantur, tam quæ præſtanda ſunt, quam quæ non ſunt præſtanda: quod non fit in aliis, quam quæ hic commemorantur. Plane actio funeraria inter bonæ fidei judicia numerari videtur *d. l. ſi quis §. idem Labeo 13. de relig.* ubi Ulpianus ait, judicem hic ſolutius æquitatem ſequi, cum hoc ei natura actionis indulgeat: nam in ſtrictis judiciis judex non ſolute judicat, ſed adſtringitur formulæ: ut proinde exiſtimem,

mem, actionem funerariam inter judicia bonæ fidei computandam. Sed nego, eam hic prætermiſſam eſſe: numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum geſtorum; cujus actio funeraria ſpecies quædam eſt aut adjectio, *arg. l. 1. d. l. & ſi quis §. ſed interdum 7. § fortaſſis 9. §. ſi quis 11. & d. §. idem Labeo 13. de relig.* Illud enim in univerſum tenendum eſt, actiones, quæ hic enumerantur, ita ſolas bonæ fidei cenſendas, ut illæ duntaxat excludantur, quæ planè ſunt diverſi generis; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis diſtinguuntur, aut ſub enumeratis tanquam ſpecies ſub genere comprehenduntur. Nullum certe dubium eſt, quin nomen bonæ fidei tam conveniat actionibus contrariis, negotiorum geſtorum mandati, depoſiti, commodati, tutelæ, pignoratitiæ, quam directis ex iiſdem cauſis: & quin per enumeratas non ſolum directæ intelligantur, ſed etiam quæ ex ſimilibus cauſis ſunt utiles: veluti negotiorum geſtorum adverſus curatorem, *l. 3 C. de tranſact.* Eademque ratione & actionem pro tutelæ, & bonorum poſſeſſoriam hæreditatis petitionem, & petitionem hæreditatis fideicommiſſariam, recte dicimus eſſe actiones bonæ fidei, *arg. l. 1. §. pen. de eo qui pro tut. l 1. de poſſ. hær. pet.* Eo amplius & actio exercitoria & inſtitutoria ex contractu bonæ fidei cum magiſtro navis aut inſtitore inito, idem de peculio ex eadem cauſa bonæ fidei cenſendæ. Poſtremo eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat: nam Zeno contractum emphyteuticum à venditione & locatione ſeparando vim ejus veterem non minuit, ſed auxit, *l. 1. C. de jur. emphyt. fac. §. 3. ſup. de locat.*

Ex empto vendito] Actiones omnes ex contractibus nudi conſenſus bonæ fidei ſunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro ſocio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *ſup. tit. de obl. & act.*

6 *Familiæ erciſcundæ communi dividundo*] Alibi paſſim tria hæc judicia propter ſimilitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciſcundæ communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum conſulto prætermiſſum: quia hoc judicium à cæteris in eo diſcrepat, quod cauſam continet bonæ fidei judicii. Nam illa familiæ erciſcundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi geſto, & quaſi ex contractu. In finium autem regundorum judicio ſolus ſibi rem gerit qui convenitur magisque ex delicto aut quaſi ex delicto hæc actio eſſe videtur, quam quaſi ex contractu: qua de cauſa etiam obligatio, unde hæc actio naſcitur omiſſa eſt, *tit. de obl. quæ quaſ. ex contr.* Eſt igitur aut ſtricti juris, quod magis probo cum *Ant. Fab. deciſ. 94. err. 1.* arbitraria: quoniam pro vendicatione eſt, *l. 1. fin. reg. Fac. l. 4. §. 3. eod.* & quod nomen arbitri in quæſtione finium uſurpatur.

Quæ de æſtimato proponitur, & quæ ex permutatione] Ex actionibus præſcriptis verbis duæ tantum hic proponuntur, quæ ſunt bonæ fidei, actio æſtimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde recte vulgo interpretes concludunt, cæteras præſcriptis verbis eſſe ſtricti juris. Cur duas illas placeat bonæ fidei, ſingularis ratio, quam ſuggerunt *l. 1. de æſtim. act. l. 1. de contr. empt.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuiſſe, cum res æſtimata vendenda datur, utrum hæc conventio eſſet venditio, an locatio, denique mandatum: qui contractus omnes cum ſint bonæ fidei, merito quæ hic dubitationis tollendæ cauſa introducta eſt actio præſcriptis verbis, bonæ fidei cenſeri debet. In hac oſtendit Paulus, tantam eſſe inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Craſſius & Sabinus æſtimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus naſcitur actio præſcriptis verbis, locum non inveniunt: videſis *D. Bachov. diſp. 6. de act. theſ. 8.*

Hæreditatis petitio] Petitioni hæreditatis, cum ea ſit actio in rem, *l. 25. propen. de hæred. petit. l. 1. de rei vind.* non videtur convenire hæc qualitas, ut reputetur actio bonæ fidei: ſiquidem qualitas illa propria eſt actionum in perſonam, & earum fere, quæ ex negotio mutuo geſto naſcuntur: quale nullum geritur inter hæredem & poſſeſſorem hæreditatis. Atque haud dubie hac ratione moti nonnulli veterum eam à claſſe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam eſſe cenſuerunt, propterea quod in judicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum geſtorum naturam proxime accedit. Conſtat enim, poſſeſſori hæreditatis committi rerum hæreditariarum adminiſtrationem: unde fit, ut licet petitio hæreditatis ſit actio in rem, multas tamen habeat præſtationes perſonales, ut puta eorum, quæ à debitoribus exacta ſunt; item pretiorum rerum venditarum: item eorum, quæ poſſeſſor creditoribus ſolvit, vel in hæreditatem impendit, *d. l. 25. §. antepen. l. item veniunt. 20. l. plane. 38. de hæred. pet.* quæ omnia quodammodo actione in perſonam, & veluti ex negotio geſto repeti videntur: unde etiam mixta perſonalis hæc actio appellatur, *l. 7. C. de pet. hær.* poſteriorem ſententiam, quæ etiam plurium eſſe videtur, & jam ante recepta, *arg. d. l. 38. de hær. pet.* confirmavit Juſtinianus *l. ult. C. eod.*

TEXTUS.

De rei uxoriæ in ex ſtipulatu actionem transfuſa.

29. Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: ſed cum pleniorem eſſe ex ſtipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis diviſionibus in actionem ex ſtipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, tranſtulerimus, merito rei uxoriæ actione ſublata; ex ſtipulatu actio, quæ pro ea introducta eſt, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei ſit: ſed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cum ipſa mulier de dote ſua experiatur, cujus ſolius providentia hoc induximus.

NOTÆ.

Sed et tacitam hypothecam] Quatuor ſingularia hic à Juſtiniano conſtituta, 1. ut actio ex ſtipulatu mulieri detur, quamvis nulla ſtipulatio de dote reddenda interpoſita, 2. ut actio illa in hoc caſu ſit bonæ fidei. 3. ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *d. l. unic. §. 1.* 4. ut ex hac cauſa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis antiquiorem hypothecam habentibus *l. ult. C. qui pot. in pign. Nov. 97. c. 3. & 4.*

Cujus solius providentia] His verbis excluduntur tantum hæredes mulieris extranei, *d. l. un. §. 6.* Etenim privilegium dotis ad liberos tranſit, *d. l. ult. verſ. exceptis Nov. 91.*

Commentarius.

1. *Soluto matrimonio quis qua actione dotem olim repetebat: & quid hic novi à Juſtiniano.*
2. *Actio ex ſtipulatu quam ob cauſam plenior viſa quam rei uxoriæ.*
3. *Singularia, quæ circa actionem de dote ex ſtipulatu Juſtinianus conſtituit.*
4. *Iniquum pleriſque viſum, mulierem præferri expreſſam anteriorem hypothecam habentibus: & quid hic juris apud nos.*
5. *An liberi idem privilegium habeant, quod mater.*

Soluto matrimonio dotis repetitio eſt, niſi convenerit, ut mortua in matrimonio muliere dos remaneat apud maritum, *l. 12. de pact. dot.* Si mulier ſuo nomine dotem dederit, ipſi ſoli repetitio competit, *l. un. §. accedit. 13. C. de rei ux. act.* Idem eſt, ſi extraneus nomine mulieris, niſi ſtatim ſtipulatus aut pactus ſit dotem ſibi reddi, *l. 9. in fin. C. de pact. tam ſup. dot.* Profectitiam pater adjuncta filiæ perſona petit, *l. 2. §. 1. ſolut. matr.* ipſa ſola, ſi emancipata eſt, *l. ſi ſocer. 44. eod. l. pater. 71. de evict.* Mortua in matrimonio filia, ſive emancipata ſive in poteſtate, ſolus pater jus petendi habet, *l. 5. in pr. & §. 1. l. 6. de jur. dot. l. 21. ſolut. matr. l. 4. C. eod.* Patre mortuo dotis exactio filiæ manet, eaque mortua ad hæredes ejus tranſmittitur, *d. l. un. §. 4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit ſola, filiafam. cum patre: mortua filia apud maritum remanet, niſi, ut redderetur, convenerit, *d. l. un. §. accedit. 13.* Quod ſi pater dotem ſibi reddi ſtipulatus ſit, patris ſolius actio propria eſt, *d. l. un. §. & hoc 14.* Pro repetenda autem dote duplex jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoriæ, atque inſuper actio ex ſtipulatu, ſi quando dotem ſibi reddi ſtipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc ſtricti juris, ſed firmior, multiſque in rebus plenior & utilior, quæ cauſa eſt, quod Juſtinianus priorem ſuſtulit, & quod in ea melius erat, tranſtulit in actionem dotis ex ſtipulatu, *d. l. un. C. de rei ux. act.* ubi conſtituit, ut quamvis mulier dotem ſibi reddi ſtipulata non fuerit, aut ſtipulata ſit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque ſi ſtipulatio revera & utiliter interveniſſet, utique ex hac cauſa actio ex ſtipulatu, quæ jure communi ſtricti judicii eſt, bonæ fidei ſit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hic deeſſet mulieri ad omnem cautionem, *in pr. §. 12. d. l. un.*

Una ex bonæ fidei judiciis] Antiqua rei uxoriæ 1
ſeu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. ſed & ſi 21. de ſolut. matr.* ubi Ulpianus ait, doli exceptione ineſſe de dote actioni, ſicut in cæteris bonæ fidei judiciis. Ex Cicerone quoque *in Top. & lib. 3. de off.* diſcimus, in hujus actionis formula hæc verba uſurpata fuiſſe, *Quantum æquius melius.* Cujus etiam veſtigia exiſtant *in l. pen. §. ult. ſol. matr. l. ſi cum 82. de ſolut.*

Pleniorem eſſe ex ſtipulatu] Actionem ex ſtipula- 2
tu ideo pleniorem fuiſſe dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actione rei uxoriæ. Nam ſi mulier dotem ſibi reddi ſtipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro*, dotemque ſimul & legatum ſibi à marito relictum petere poterat, cum abſque ſtipulatione alterutrum tantum ex edicto conſequeretur, præſumente auctore edicti, legatum in penſationem dotis relictum, *d. l. un. §. 3. C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obſtabant exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impenſas, *l. rei. 15. § 1. ſolut.*

lut. matr. non obſtabant muliere agente actione ex ſtipulatu, *d. l. un. §. taceat. 5.* Adhæc, ſtipulatione non interpoſita, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat; actio autem ex ſtipulatu ad hæredes mulieris transmittebatur, *d. l. un. §. maneat. 4. & §. illo. 6.* Poſtremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat actionis ex ſtipulatu, quod data quantitas hac actione ſtatim exigi poterat, & reſtituenda erat, cum in actione rei uxoriæ quantitatis repetitio dilationem haberet, ut demum annua, bima, trima die redderetur. *d. l. un. §. cum autem. 7.*

3 *Tacitam ei dedimus hypothecam*] Quo plenius & certius mulieribus de dote conſultum eſſet, hoc etiam Juſtinianus conſtituit, ut actio dotis ex ſtipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit adjunctam haberet hypothecam omnium bonorũ mariti, *d. l. un. §. 1.* & tandem, ut in omnem eventum ſecuræ eſſent, etiam in hac ipſa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis tempore prioribus, ſive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ult. C. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa ſexus muliebris miſeratio evincit, perſpicueque apparet ex *Nov. 97 c. 3. & 4.* ut præferantur creditoribus non tacitam tantum, ſed etiam expreſſam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores Ultramontani conſtitutionem Juſt. interpretati ſunt: & noviſſ. *Ant. Mer. 3. controv. 9.* Sed quo-
4 niam hoc privilegium aperte iniquum eſt, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quæſivi, cæteri omnes æquiſſima interpretatione maluerunt hoc ſic temperare, ut iis tantum creditoribus noceat, qui tacitam itidem, ut mulier, & lege conſtitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expreſſam, id eſt, eam, de qua ſibi ipſi aperta conventione proſpexerunt. Ita *comm. DD. in d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc §.* ut videre eſt apud *Jaſ. Zaſ. Gomez. hic. Neg. de pign. p. 5. memb. 2. num. 23. Covarr. 1. reſ. 7. num. 1.* & ſecundum hoc temperamentum paſſim judicari ſolet, teſtib. *Schneid. nu. 58. Ant. Fab. Cod. ſuo. qui pot. in pign. def. 16. Chriſtin. vol. 4. dec. 159. n. 8. Gail. 2. obſ. 25. n. 10.* ubi diſerte ait, ſuo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam receſſum fuiſſe: quanquam contrarium judicium Cameræ affert *Mynſ. 4. obſ. 13.* Apud nos, ſicut pleraque alia jura, quæ de dote conſtituta ſunt, locum non habent, ita nec ea, quæ de tacita hypotheca conſtituit Juſt. Contendunt tamen nonnulli, ſi per pacta dotalia excludatur bonorum communio, vel conſtituatur, ut uxor ſua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum eſſe juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hic res ſe habeat, diſces ex *Neoſtad. de pact. antenupt. obſ. 9. 10. 21. Grot. 1. introd. c. 5 & 2. introd. c. 12.* Antverpiæ jus civile & privilegia dotis ſervantur ſine ullo pacto.

Cum ipſa mulier experiatur, cujus ſolius providentia] His verbis non excludit liberos mulieris, ſed alios, qui dotem pro muliere dantes eam ſibi reddi ſtipulati aut pacti ſunt; itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex ſtipulatu mortua muliere tranſire voluit, *d. l un. §. illo 6. C. de rei ux. act.* Liberis autem eandem prærogativam, quam matri dedit, ſervari juſſit, tanquam ſi mater adhuc viveret, *d. l. ult. verſ. exceptis. C. qui pot. in pign. & Nov. 91.* Itaque recte DD. comm. *in d. l. ult.* & cum iis *Gomez. in l. 50. Tauri. Chriſtin. vol. 4. dec. 160. n. 15.* concludunt, liberos eosdemque hæredes mulieris, idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum ſi viveret, licet id aliis hæredibus non competat, *diſſ. Ant. Fab. 8. conj. 13.* cui occurritur à *Bachov. lib. 4. de pign. c. 13. n. 2.* 5

TEXTUS.

De poteſtate judicis in judicio bon. fidei, & de compenſationibus.

30. In bonæ fidei judiciis libera poteſtas permitti videtur judici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. In quo & illud continetur, ut ſi quid invicem præſtare actorem oporteat, eo compenſato, in reliquum is, cum quo actum eſt, debeat condemnari. Sed & in ſtricti juris judiciis ex reſcripto divi Marci, oppoſita doli mali exceptione, compenſatio inducebatur. Sed noſtra conſtitutio eaſdem compenſationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipſo jure minuant, ſive in rem, ſive in perſonam, ſive aliis quaſcumque; excepta ſola depoſiti actione; cui aliquid compenſationis nomine opponi, ſane iniquum eſſe credimus: ne ſub prætextu compenſationis depoſitarum rerum quiſquis exactione defraudetur.

NOTÆ.

30. Libera potestas permitti Judici] Hinc eſt quod bon. fid. judicia paſſim appellantur arbitria, & judices addici arbitri. *l. 2. 4. depoſ. l. 43. l. ult. fam. erc. l. 15. l. 17. Cod. eod. l. 18. comm. div. l. 38. pro ſoc.* Cic. & Sen. *ubi ſup.*

In reliquum debeat condemnari] Aut ſi nihil reliquum abſolvi *l. 4. l. 11. Cod. de compenſ.* Nam compenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio, *l. 1. D. eod.* Unde Græcis ἀντίλογος dicitur.

Opposita doli mali exceptione] Quæ initio litis conteſtanda erat. In bon. fid. vero judiciis admittebatur compenſatio ipſo jure, & citra exceptionem proprie dictam.

Nostra Constitutio] Extat *in l. ult. C. de compenſ.*

COMMENTARIUS.

1. *Cauſa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admiſſa compenſatio.*
2. *Compenſatione ipſo jure actiones minui. Quid hoc; quæ inde utilitas: & quid ſi quis compenſatione uſus non fuerit.*
3. *Rerum conſumptibilium duntaxat compenſationem.*

Ex eo, quod in bonæ fidei judiciis libera poteſtas judici eſt, omnia æſtimandi ex æquo & bono, in ſtrictis non item, natæ quotquot ſunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illa olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compenſatio à judice ſola æquitate judicii, idque citra exceptionem proprie dictam, ſeu ipſo jure. In judiciis autem ſtricti juris reus, cui quid viciſſim ab actore debebatur, neceſſe habebat id propria actione petere usque ad reſcriptum D. Marci, ex quo & in ſtrictis judiciis poteſtas compenſandi admiſſa eſt, oppoſita doli mali exceptione. Cæterum conſtitutione Juſtiniani jus compenſandi latius introductum, atque ipſo jure admiſſum, modo cauſa, ex qua compenſatio objicitur, liquida ſit, in actionibus omnibus, & tam in rem, quam in perſonam, duabus tantum exceptis, quibus in totum noluit compenſationem opponi, actione depoſiti, & omni actione, qua poſſesſio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compenſ. l. pen. C. de poſ.*

Eo compenſato in reliquum] Hæc effectum compenſationis indicant: nimirum compenſatio cum ſit debiti & crediti inter ſe contributio, *l. 1. de compenſ.* ſi compenſato eo, quod invicem debetur, nihil ſuperſit utrinque, quod debeatur, abſolvi reus debet; ſin ſuperſit, quod reus debeat, in id ſolum, quod reliquum eſt, condemnari. Unde compenſatio utrinque pro ſoluto haberi dicitur, usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l. 4. C. eod.*

Oppoſita doli mali exceptione] Itaque poſt reſcriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris differentia, quod in his compenſatio inducebatur ope exceptionis, quæ proinde initio litis conteſtanda erat, non conteſtata fruſtra poſtea objiciebatur. In illis autem compenſatio admittebatur ipſo jure & citra ullam exceptionem proprie dictam; quod quale ſit poſtea audiemus.

1 *Quæ aperto jure nituntur*] Id eſt, quæ ex cauſa liquida objiciuntur. Cauſam liquidam interpretamur, cum apertum eſt jus debitoris, qui ſibi viciſſim quid deberi intendit. Id ita fit, ſi cauſa debendi & juſta eſt & vera, & talem eſſe vel in præſentia conſtet confeſſione adverſarii, vel celeriter & expedite probari poſſit. *Cacheran. deciſ. Pedemon. 229. n. 13. Menoch. 2. arb. cent. 1. caſ. 14.* ubi in hac re judicis arbitrio nonnihil tribuendum exiſtimat. Non liquidi cum liquido compenſationem admitti, Juſtinianus noluit, ſed tum alii judicio rem reſervari juſſit, ne creditori fiat injuria, ſi debitori, qui initio tacuit, poſtquam jam convictus aut pene convictus eſt, permittatur confugere ad defenſionem compenſationis, ex cauſa, de qua non liqueat & quæ altiorem indaginem requirat, *d. l. ult.* vide tamen *Chriſt. vol. 1. dec. 231. vol. 3. dec. 38. n. 8.* Sane & ſi cauſa, ex qua compenſatio objicitur, liquida non ſit, ſi tamen reus initio litis compenſationem per modum exceptionis opponat, eamque conteſtetur, audiendus eſt: nam ad hunc caſum conſtitutio non pertinet, ut bene *Don. hic Zanger. part. 3. de exc. c. 8. n. 104.* quorum argumentis nihil ſolidi ab aliis reponitur: add. quæ nos *lib. 1. ſelect. quæſt. c. 50.*

Actiones ipſo jure minuant] Hoc non ita accipiendum eſt, quaſi debitor liberetur compenſatione ſine facto ſuo, id eſt, non oppoſita defenſione compenſationis: nam cum judex divinare non poſſit, an actor viciſſim quid debeat, à reo utique hoc allegandum eſt, petendumque ut compenſatio admittatur: quæ tamen allegatio proprie exceptio non eſt, licet ita vulgo appelletur; nam allegandæ compenſationi quævis tempora idonea ſunt ante executionem judicati; *l. 2. C. eod.* ſed ſpecies defenſionis, quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis eſt allegatio ſolutionis, acceptilationis, novationis, *&c. vid. inf. tit. de except.* Sed ita, oppoſita & admiſſa compenſatione ſtatim ipſo jure actionem tolli aut minui, reumque retroverſus ipſo jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinq; deberi cœpit, *l. 4. C. eod.* Quod noſſe, cum ad alias res apprime utile eſt, tum ad acceſſiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore ſublatæ eſſe

eſſe intelliguntur, puta fidejuſſores, pignora, uſuræ, *l. 4. ff. d. l. 4. l. invicem 12. C. eod.* Itaque cum alter pecuniam gratuitam, alter ſua uſuris debet, concurrentis utrinque quantitatis uſuræ non præſtantur, *l. cum alter. 11. eod.* Quacumque autem vis eſt compenſationis, ea conſtituta eſt debitori, qui compenſatione uſus eſt, *l. 2. l. 5. eod.* ſin minus, ſalva ei manet vetus petitio, nec creditor, qui totum petit, male petiiſſe videtur. Unde judicatum eſt interim etiam, actionem à creditore alii cedi poſſe eo effectu, ut quæ cedenti poterat objici compenſatio, ea objici non poſſit ceſſionario, utique cauſam oneroſam habenti & actione utili ſuo nomine experienti, *Chriſtin. vol. 1. deciſ. 252. Ant. Fab. Cod. ſuo. de compenſ. defin. 3. fac. l. 4. §. 28. 29. & 31. l. 5. §. pen. de dol. mal. except.* adde eund. *Ant. Fab. 12. Conjunct. 9.* Naj vaj.

Sive in rem ſive in perſonam] Ponendi tamen ſunt termini habiles, nempe ſi res, de quibus compenſandis & inter ſe contribuendis agitur, compenſationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem ſunt illæ, quæ pondere, numero, menſura conſtant: quod vel ipſum nomen compenſationis indicat, quo nihil aliud ſignificatur quam debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & aperte oſtendit *d. l. 4. C. de compenſ. fac. text. in l. 18. de pign. act. l. 22. de compenſ.* Denique ſi in aliis rebus, quam quæ functionem in genere recipiunt, compenſatio admittatur, aliud cum alio compenſari poterit: quod non magis licet, quam aliud pro alio invito creditore ſolvere: quippe cum compenſatio non alia de cauſa debitorem liberet, quam quia pro ſolutione eſt, *d. l. 4. C. de comp. junct. l. 2. §. 1. de reb. cred.* Cum itaque quantitatis tantum cum quantitate ſeu pecuniæ cum pecunia compenſatio fit, conſequens omnino eſt, neque ſpeciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum ſpecie ab eo petita compenſari poſſe, multoque minus ſpeciem cum ſpecie: & quod Juſtinianus generaliter hic conſtituit, compenſationem in omnibus actionibus opponi poſſe, ſic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem tum in perſonam, quibus certa ſpecies petitur, ita demum compenſationi locus ſit, ſi pro re pecunia præſtari debeat, ut accidit, cum re dolo aut culpa debitoris amiſſa aut deteriore facta æſtimatio ejus deberi cœpit. Quod & vulgo recte probatum eſt, ut alibi demonſtrabimus: nam & huic argumento proprium deſtinavimus tractatum. Duo omnino ſunt, quibus agentibus compenſatio objici non poteſt, fiſcus & reſpublica: ſed certis duntaxat in cauſis ad publicam utilitatem pertinentibus; quæ comprehenſa ſunt *l. 3. C. de compenſ. l. aufertur 46. §. ut debitoribus 5. de jur. fiſc. l. ob negotium 20 ff. de compenſ.*

Excepta ſola depoſiti actione] Quam ideo excepiſſe videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depoſiti, quod ſolius cuſtodiæ cauſa datur, donec viſum erit deponenti repetere. In *l. ult. C. de compenſ.* excipit actionem, qua poſſeſſio rei alienæ perperam occupatæ repetitur; quæ ſane ſpecies nullam aut retinendi aut compenſandi probabilem cauſam habet. Cujacius excipit & actionem commodati, per *l. ult. C. commod.* ubi dicitur, prætextu debiti reſtitutionem commodati, id eſt, rei commodatæ, non probabiliter recuſari: ſed hoc non obſtat, quo minus dicamus, iiſdem conditionibus, de quibus ſupra, locum eſſe compenſationi etiam in actione commodati, *Don. hic num. 10.*

TEXTUS.

De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quaſdam arbitrarias, id eſt, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus; in quibus niſi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori ſatisfaciat, veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſolvat, vel ex noxali cauſa ſervum dedat, condemnari debeat. Sed iſtæ actiones tam in rem, quam in perſonam inveniuntur. In rem; veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quaſi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In perſonam; veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus cauſa, aut dolo malo factum eſt. Item cum id, quod certo loco promiſſum eſt, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus, & cæteris ſimilibus, permittitur judici ex bono & æquo, ſecundum cujuſque rei, de qua actum eſt, naturam, æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.*

NOTÆ.

Ex Arbitrio Judicis pendentes] Nam ſi reus arbitrio judicis paret, abſolvitur: ſi non paret, condemnatur, & plerumque gravius atque in aliud, quam quod facere juſſus erat, *l. 14. §. 1. quod met. ca. l. 46. & ſeq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.*

Vel ex noxali causa] Puta ſi adverſus dominum noxaliter agatur ex actione, quæ & ipſa arbitraria eſſet, ſi cum domino ageretur directo: puta quod metus cauſa, aut de dolo. Don. *n. 12.*

Quod certo loco] Hæc alia longe ratione arbitraria dicitur, quam ceteræ: quippe quæ origine ſua eſt ſtricti juris, ſed ex accidenti, quod alio loco intenditur, fit arbitraria: & ideo ſic appellatur, quia arbitrio judicis æſtimandum permittitur, quanti litigatorum interſit, potius ſolvi loco conſtituto, *l. 2. quod cert. loc. §. 33. verſ. loco plus petitur, inf. eod.*

Commentarius.

1. *Actiones arbitrarias conſtituere tertium genus plane diverſum à ſuperioribus.*
2. *Ex quo, ſit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria, &c.*
3. *Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis.*
4. *Hoc in genere duplicem intervenire ſententiam: mores hodierni.*
5. *In ea quod certo loco una ſententia rem transigi.*
6. *Rectene noxales inter arbitrarias numerentur: ſaltem interdum.*
7. *Inter arbitrarias eſſe & rei vindicationem, & confeſſoriam, &c.*
8. *Actiones quædam arbitrariæ hic non nominatæ.*
9. *Bonæ fidei & arbitrariarum diſcrimen.*

Interpretes vulgo exiſtimant, non proponi hic novum & tertium actionum genus, quod ſit diſtinctum à ſuperioribus, & earum, quæ neque bonæ fidei ſint, neque ſtricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum è duobus iſtis generibus referendas: eſſe enim ex eo genere, quæ ſtricti juris appellantur, ſeu eſſe ſpeciem actionum ſtricti juris, ac proinde bipartita illa diviſione, quæ proponitur §. *actionum 28. ſup.* contineri. *Perez. & Corvin. in erotematibus.*
1 Nos autem contra putamus, actiones arbitrarias tertium genus conſtituere plane ſejunctim à ſuperioribus, ut quæ ſunt hujus generis, neq; ſint bonæ fidei, neq; ſtricti juris. Tale utiq; hoc genus aperte hic ſtatuit Juſtinianus, cum ait *præterea eſſe quaſdam actiones, quas arbitrarias appellamus.* Nam illud *præterea* non aliud valet, quam præter ſuperiores; ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & ſtricti juris eſſe & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Quod ſi veterum auctoritas quæritur, non obſcure Marcianus *in l. 5. de in lit. jur.* actiones arbitrarias ab utraque ſuperiore ſpecie ſejungit. Nam cum initio dixiſſet, in actionibus in rem & ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem jurari, ſubjicit in calce per adverſativam, *Plane interdum & in actione ſtricti judicii in litem jurandū.* Aperte declarans, actiones in rem & ad exhibendū, quas à bonæ fidei judiciis antea diſtinxerat, nec ſtricti juris eſſe; ſunt autem hæ arbitrariæ, ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera diſtincte poſuit, & multo etiam apertius *in l. 3. §. 1. de uſur.* ubi ita ſcribit, *In his quoque judiciis, quæ non ſunt arbitraria, nec bonæ fidei, poſt litem conteſtatam actori cauſa præſtanda eſt.* Et igitur ex ſententia quoque Papiniani tria hæc judicia plane diverſa ſunt, arbitraria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum ſunt, quæ dicuntur ſtricti juris. Quid quod arbitrariæ actiones propius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum, quam ad actiones ſtricti juris: nam & in arbitrariis permittitur judici facultas æſtimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat, *in fin. hujus §.* & in his ſimiliter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem, *l. 5. de in lit. jur.* ut alterutri ſpeciei aggregandæ ſint, potius referendæ videantur ad claſſem judiciorum bonæ fidei, quam ſtricti juris: quod tamen & ipſum admittendum non eſt: & neutra harum qualitatum usquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariatū conſtituunt, ut vel bonæ fidei dicantur vel ſtricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quam quæ in perſonam ſunt competunt, & maxime iis, quæ ex conventionibus deſcendunt. Illud autem, quod ajunt actiones arbitrarias natura ſua & origine eſſe ſtricti juris, ex accidenti autem eſſe, quod in his arbitrio judicis condemnatio fiat, falſum eſt; præterquam in actione de eo, quod certo loco; quæ à cæteris toto genere diſtat, ut paulo poſt apparebit.

Ex arbitrio judicis pendentes] Actiones arbitrariæ ſunt, quæ ex judicis arbitrio pendent; unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, ſed non omnes eodem modo: longeque alia ratione actio de eo, quod certo loco dari oportet, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum ut duæ ſunt cauſæ inter ſe diverſæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo ſunt actionum arbitrariarum genera iisdem cauſis inter ſe diſtincta. 2
Nam quædam ex eo arbitrariæ dicuntur, quod in iis tota condemnatio ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere ſunt actiones, quæ ſunt de eo, quod certo loco dari oportet, ſive ex cauſa ſtipulationis, ſive quia ita cautum teſtamento, vel quia mutua pecunia ſic data, ut certo loco redderetur, *l. 1. l. 5. l. 6. de eo quod cert. loc.* Ex his enim cauſis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio judicis æſtimandum, quanti litigatorū interſit, conſtituto potius loco ſolvi, quam eo, in quo agitur: ut ſi rei interſit, minuatur, ſi actoris, augea-

geatur condemnatio, *l. 2. pr. & §. ult. d. tit. l. un. C. ubi conv. qui cert. loc.* Formula judicii hæc fuit; *Si paret, Titium decem Capuæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam ſuo tempore ſolviſſe, judex, arbitratu tuo condemna.* Hujus generis arbitrariæ natura ſua & origine ſunt ſtricti juris, ſed ex accidenti, quod alio loco intentantur, quam in quo dari debuit novam qualitatem induunt, quæ ex ſtrictis eas arbi-
3 trarias facit. Cæteræ quæ arbitrariæ dicuntur, diverſam naturam & rationem nominis habent. Hæ enim ideo ſic appellantur, quia earum hoc proprium eſt, quod in iis, antequam procedatur ad ſententiam definitivam, ad condemnationem vel abſolutionem judex tanquam arbiter honorarius, interloquitur, jubens reum aliquid facere convenienter naturæ actionis inſtitutæ; ex quo porro juſſu ſeu arbitrio pendet actionis exitus, abſolutio ſcilicet aut condemnatio. Nam ſi huic arbitrio reus paret, abſolvitur; ſi non paret, condemnatur; & quidem gravius atque in aliud, quam quod facere juſſus erat, in pœnam contumaciæ. Ut ecce in actione quod metus cauſa, probato metu, jubetur reus rem, quæ metu extorta dicitur, reſtituere: ſi juſſui judicis non paret, condemnatur in quadruplum, *l. item ſi 14. §. 1. & deinceps quod met. cauſ.* Id judicio rei vindicationis, probato dominio, jubetur poſſeſſor rem item reſtituere: ſi per contumaciam non reſtituit, aut dolo fecit, quominus reſtituere poſſit, condemnatur quanti adverſarius in litem juraverit, *l. ejus rei 46. cum l. ſeq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jurand.* Idem fit in actione ad exhibendum, ſi juſſus exhibere non exhibeat, *l. 3. §. 2. ad exhib.* Formula judicii in rei vindicatione talis fuit, ut ex *Cic. 4. in Verr.* diſcimus; *Si paret, rem, qua de agitur, Titii eſſe, & eo res arbitrio tuo non reſtituatur, judex, con-*
4 *demna.* Condemna ſcilicet in aliud, & tanti, quanti res æſtimata erit jurejurando actoris. Itaque in poſteriore hoc genere duplex ſententia intervenit; una interlocutoria, juſſus ſeu arbitrium de reſtituendo vel exhibendo; altera definitiva litem terminans ab ſolutione aut condemnatione, prout reus præcedenti arbitrio paruerit aut non paruerit, quæ veteribus abſolute ſententia dicitur. Atque, ut ante diximus & probavimus, ubi reus eſt contumax, in aliud & gravius quid condemnatio fit, quam quod arbitrio continetur, puta vel in quadruplum, ut in actione quod metus cauſa, vel in id, quanti res æſtimata fuerit jurejurando actoris, ut in cæteris hujus generis. Nam quod aliquando etiam in caſu contumaciæ ultra non proceditur, ſed arbitrium tranſit in ſententiam definitivam, & mandatur executioni, *l. qui reſtituere 68. de rei vind.* extraordinarium eſt, *arg. l. finita 15. §. ubi autem 23. de damn. inf. l. 1. §. 2 ſi ventr. non mul. in poſſeſſ.* quanquam moribus noſtris convenit; quibus ſemper in rem petitam fit condemnatio & executio. Sed neque arbitrium præcedit, aut poſſeſſor victus jubetur interloquente judice rem reſtituere: verum ſtatim definitive condemnatur, *art. 172. Inſtruct. Cur. Holl. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 5. tit. 7. cap. 1.* In priore autem genere 5
res una ſententia tranſigitur, ut in aliis fere actionibus, id eſt, nullo juſſu judicis præcedente, ex quo ſententia pendeat. Arbitratur quidem judex & in actione de eo, quod certo loco, ſed tunc, cum profert ſententiam, nec tam quid reus faciendum habeat, quam quid ipſe pronuntiandum ac poſtea exequendum. Non obſtat, quod ait Ulp. *l. 4. §. 1. de eo quod cert. loc.* interdum judicem, qui ex hac actione cognoſcit, cum ſit arbitraria, abſolvere reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia ibi ſolvenda, ubi promiſſa eſt. Nam hoc ſingulare eſt, & extra caſus hic propoſitos vix locum habet: neque jubetur ea cautio interponi per modum arbitrii aut juſſus, cui ſi non pareatur, reus gravius condemnetur, ſed ad poſtulationem ipſius rei mero judicis officio, æquitatem ante oculos habentis; efficitque tantum, ut actor remittatur ad locum conſtitutum, *Ant. Fab. dec. 90. err. 2.* Hæc notanda fuerunt, propterea quod Juſtinianus ſpecies ſive exempla utriusque generis confuſim propoſuit.

Niſi arbitrio judicis ſatisfaciat] Ita hic loquitur, quaſi omnium actionum arbitrariarum hoc commune ſit, quod in iis judex prius quam ſententiam ferat, arbitretur ſive jubeat reum aliquid facere: quod tamen quarundam duntaxat eſt proprium, & non pertinet ad actiones arbitrarias, quæ ſunt de eo, quod certo loco, ut ſuperius demonſtratum eſt.

Vel ex noxali cauſa] Inter actiones arbitrarias 6
numeratur hic & actio noxalis, id eſt, ea, quæ ex maleficio ſervi adverſus dominum competit, ut is damnatus aut litis æſtimationem ſufferat, aut ſervum noxæ dedat, *inf. de noxal. act.* In quo quidem putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrarias referri non poſſe; quoniam in his neque condemnatio arbitrio judicis committitur, ut in actione de eo quod certo loco; neque arbitrium aliquod judicis interponitur, unde pendeat ſententia, ut in cæteris: ſed judici præſcribitur jure, quam ſententiam ferat: nimirum ut poſtquam probatum eſt, ſervum noxiam commiſiſſe, dominum condemnet in decem, aut ſervũ noxæ dedere. Quod cum ſtatim & conjunctim facere jubeatur, judici hic adimi omnem arbitrii interponendi facultatem, cui parendo liceat condemnationẽ evitare. Nos tamen excuſare Tribonianũ malumus, hoc ſcilicet colore, quaſi non ideo actiones noxales inter arbitrarias numeraverit, quod putarit, eas ſemper eſſe arbitrarias, ſed

ſed quia tales ſunt interdum. Et ſane ita res habet, (quicquid in contrarium diſputet *Ant. Fab. deciſ. 9. err. 5. & 7.*) interdum noxalis actio non eſt arbitraria, interdum talis eſt. De quo ſic habendum. Ex quibus cauſis directa, ſeu ea, qua dominus ex ſuo maleficio convenitur, arbitraria non eſt, ex iisdem cauſis nec noxalis arbitraria erit: & contra, quo ex cauſa directa eſt arbitraria, ex eadem cauſa noxalis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non eſt propria ſpecies actionis, ſed actionis ex delicto adjectio, cujus adjectionis hic tantum effectus eſt, ut liceat domino deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æſtimationem, *l. 1. de noxal. act.* Et cum igitur actiones hæ, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, ſi ex maleficio domini adverſus dominum agatur, arbitrariæ non ſint, nec arbitrariæ erunt, ſi dominus his noxaliter conveniatur nomine ſervi. Ratio eſt, quia in noxali actione eadem domini condemnatio eſt, quæ in directa, niſi quod in noxali hæc disjunctio eſt, ut dominus ſolvat, aut ſervum noxæ dedat: at hoc fit ſimul & conjunctim nullo præcedente de noxæ deditione arbitrio. Ex diverſo cum actio quod metus cauſa & actio de dolo ſint arbitrariæ, cum adverſus aliquem directò & nomine ſuo intenduntur, etiam arbitrariæ erunt, cum intentantur nomine ſervi noxaliter; quod fieri poſſe conſtat, *l. quod diximus 16. quod met. ca. l. 9. §. penult. de dol.* Tantum arbitrium judicis, quod in actione directa continet ſolummodo juſſum de re reſtituenda, in noxali adjunctum habebit juſſum de ſervo noxæ dedendo, ſub disjunctione, ut dominus rem reſtituat, vel ſervum noxæ dedat, ut ſi neutrum horum fecerit, ſequatur condemnatio, qualis in actione directa. Ita & *D. Duar. de in lit. jur. num. 47. D. Donell. hic, num. 12.*

Veluti Publiciana, Serviana] Duas profert ſpecies actionum in rem, Publicianam & Servianam ſeu hypothecariam; quas arbitrarias eſſe declarat. De hypothecaria etiam eſt textus in *l. ſi fundus 16. §. 3. de pignor.* An igitur hæ ſolæ in hoc genere ſunt arbitrariæ? Nequaquam. Nam vel maxime arbitra-
7 ria cenſenda eſt actio in rem civilis ſive rei vindicatio; quippe in qua præcipue arbitrium judicis de re reſtituenda locum habet, & re non reſtituta ea, quam ſupra diximus, in juratam litis æſtimationem condemnatio, *l. ejus rei 46. cum l. ſeq. de rei vindic. l. 5. & l. 8. de in lit. jur. l. ultim. de fidejuſſ.* niſi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipſum arbitrium executioni mandatur, & res poſſeſſori aufertur. Juxta *l. qui reſtituere 68. de rei vindic.* quod enim Ulpianus ibi ait de re æſtimanda jurejurando in litem, eo caſu, quo reus dolo fecit, quo minus rem reſtituere poſſit; id non ita accipiendum eſt, quaſi hoc ſolo caſu locus eſſet jurijurando in litem; ſed quod iſto caſu jusjurandum illud ſit neceſſarium, cum in caſu prius poſito, ubi res penes contumacem eſt, poſſit etiam non jurati, & deſiderante actore res auferri manu militari. Sed & ſi quæ ſunt aliæ in rem actiones, ſive civiles, ut confeſſoria & negatoria; ſive prætoriæ ut reſciſſoria; omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eandem æquitatem arbitrii & reſtitutionis admittunt, eundemque exitum condemnationis habent, ut ſignificatur regula generali tradita in extremo *d. l. qui reſtituere.* Itaque male nonnulli hinc removent ipſam rei vindicationem, eamque collocant inter actiones ſtricti juris; quod vel ex ſola formula hujus judicii intelligi poteſt. In ſumma, omnes in rem, arbitrariæ excepta petitione hæreditatis, quam placuit eſſe bonæ fidei: & ideo licet & ipſa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei poteſtate hoc habet, non arbitrii conditione, à qua ſola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus cauſa, aut dolo malo] Actionem quod metus cauſa arbitrariam eſſe, etiam Ulp. ſcribit in *l. item ſi 14. §. hac autem actio 4. quod met. ca.* Idem de actione de dolo tradit *Paul. in l. arbitrio 18. de dol.*

Quod certo loco] Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum à cæteris diſtet, ſuperius expoſitum eſt.

Ad exhibendum] Actionem ad exhibendum eſſe ex numero arbitrariarum, palam eſt: quoniam in ea quoque fit idem, quod in ſuperioribus. Nam poſtquam actor docuit, ſua intereſſe rem exhiberi, jubetur reus exhibere: niſi exhibet, condemnatur, quanti actor in litem juraverit, *l. 3. §. 2. ad exhib. l. 2. §. 1. l. 5. in pr. de in lit. jur.* Juratur autem hic non quanti æſtimetur ex effectu res, quæ exhiberi poſtulatur, ſed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

Et cæteris ſimilibus] His verbis ſignificat, non eas ſolas actiones, quas nominavit, arbitrarias eſſe, ſed eſſe plures hujus generis, quæ hic recenſitæ non
ſunt. Ex actionibus in rem in numero arbitrariarum 8
tantum poſuit duas prætorias, Publicianam & hypothecariam, ſed addita particula *veluti*, ut intelligeremus, præter eas, quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrarias eſſe; nos autem tales oſtendimus, quotquot ſunt in rem, ſive civiles ſint ſive prætoriæ. Ex iis, quæ ſunt in perſonam, præter eas, quæ hic nominantur arbitraria eſt actio rerum amotarum, *l. 8. §. 1. de act. rer. amot.* Ejusdem quoque generis eſt actio Calviſiana, *l. 5. ſi quid in fraud. patr.* item Pauliana, *arg. l. 8. l. 10. §. & fructus 20. quæ in fraudem cred. Ant. Fab. deciſ. 93. err. 5. & 6.* Actio ex edicto de publicanis, *l. 1. in pr. l. 5. de publican.* Denique arbitrariæ habendæ quotquot ſunt in perſonam

ſonam ad reſtituendum, dum non ſint bonæ fidei. Plane in actionibus quoque bonæ fidei, quæ ſunt ad reſtituendum, quales ſunt, commodati, depoſiti, locati, pigneratitia, eodem modo quo in arbitrariis, res tranſigi ſolet. ut prius interponatur arbitrium de re reſtituenda, & niſi arbitrio paritum ſit, jurejurando actoris lis æſtimetur, *l. 3. §. 2. commod. l. 1. §. in depoſiti 26. depoſ. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Sed tamen non ideo dicendæ ſunt arbitrariæ: quoniam id non ſola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, ſed poteſtate bonæ fidei habent; quæ cum omnem ſpeciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipſam reſtitutionis & arbitrii continet. Arbitrariæ vero hanc unam fere ſpeciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri, quod conveniat naturæ actionis inſtitutæ; poſt deinde condemnet, ſi arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod eſt in extremo hujus §. *permittitur judici ex bono & æquo, &c.* Natura actionem bonæ fidei ſatis prolixa eſt. *Coſtal. in l. 7. de eo quod cert. loco.* Inter arbitrarias perperam *Pacius in not. & D. Perez. in erotemat.* collocant actionum redhibitoriam. Magis enim eſt, ut hæc bonæ fidei ſit, *l. 11. §. 3. de act. empt.* ubi diſerte Juriſconſultus ait, redhibitionem judicio empti contineri.

TEXTUS.

Quinta diviſio, de incertæ quantitatis petitione.

32. *Curare autem debet judex, ut omnino quantum poſſibile ei ſit, certæ pecuniæ vel rei ſententiam ferat; etiamſi de incerta quantitate apud eum actum eſt.*

NOTÆ.

32. QUANTUM POSSIBILE EST] Interdum enim natura rei id non patitur; veluti ſi plures res disjunctim, vel generaliter promiſſæ petantur: nam judex non poteſt electionem, quæ hic reo competit, ei adimere in unam certam rem eum condemnando.

DE INCERTA QUANTITATE] Puta de eo, quod intereſt, cujus quantitas eſt incerta, §. *ult. ſup. de verb. obl. l. 68. eod. l. 24. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur placeat ſententiam ſine certa re aut quantitate prolatam non valere.*
2. *Certitudo ſententiæ unde metienda.*
3. *Quibus caſibus fiat, ut certa ſententia ferri nequeat.*
4. *Etiam in petitione incerta certam debere ferri ſententiam.*

PRæceptum generale, pertinens ad omnes actiones & judicia, ſive bonæ fidei aut arbitraria, ſive ſtricti juris, & ſive certa quantitas petita eſt, ſive incerta. Nam ſemper ita judex pronuntiare debet, ut ſententia ſua finem liti imponat & controverſiam dirimat, *l. 1. de rei jud.* Etſi autem hoc ſemper fit cum reus abſolvitur, non fit tamen ſemper eum condemnatur, niſi condemnetur in certam rem aut quantitatem, ſive, quod idem valet, niſi certa ſententia feratur. 1

Etenim cum ex conceptione ſententiæ non apparet, quid quantumque præſtandum ſit, de quo quærebatur, tantum abeſt, ut tollatur controverſia, ut ea etiam augeri poſſit. Et ideo merito placuit, hujusmodi ſententiam ipſo jure nullam eſſe, nec rei judicatæ auctoritatem cenſeri, *l. penult. & ult. Cod. de ſent. quæ ſin. cert. quant. Don num. 2. & ſeq. Schneid. num. 22. Mynſ. num. 3. & comm. DD. hic.* Enimvero certitudo ſententiæ non ex eo ſolo metienda, quod judex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expreſſerit; ſed etiam ex eo, quod ſe referat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum inſtrumentum, veluti ſi dicat, *Solve quod petitum eſt*, referens ſe ad certam partem actorum, atque ex actis conſtet, quid quantumve petitum, aut *Solve quod illis codicillis continetur*, cum codicilli in judicio eſſent prolati, *l. 5. §. 1. & ibi DD. l. in ſententiis 59. §. 1. de re jud. l. pen. C. de ſent. quæ ſin. cert. quant. Chriſt. vol. 4. deciſ. 94. num. 10.* Sed etſi dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam partem actorum ſe expreſſe retulerit, nihilominus tamen plerique exiſtimant valere ſententiam, & ex ea parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quaſi tacite ad eas ſe retulerit eas approbans pronuntiando, atque ita reſtringunt *text. in l. quid tamen 21. §. 3. de rec. arb.* Sin vero id ex actis probatoriis non adpareat, tunc hujusmodi ſententiam non valere, etiamſi certa quantitas libello comprehenſa ſit: nam cum jus vetet ex aſſertione partis ſententiam ferri, credibile non eſſe judicem ſe eo referre voluiſſe, *vid. Zaſ. in l. 5. §. 1. de re jud. Mynſ. hic. n. 12. Schneid. n. 24. Matheſilan. ſing. 141.* & qui omnium accuratiſſime diſtinguit, *Pet. Barboſ. ad tit. ff. ſolut. matr. p. 5. rubr. n. 47.* Et ergo notandum nunquam ſententiam à libello recipere interpretationem, niſi ad eum expreſſe habita ſit relatio. 2

Quantum poſſibile eſt] Hoc ideo addit, quia interdum rei petitæ natura non patitur, ut certa ſententia ferri poſſit; atque eo caſu procul dubio incerta va- 3

 lere

lere debet; veluti cum plures res disjunctim vel generaliter promiſſæ petuntur. Cum enim in his rei petitæ præſtatio pendeat ex electione debitoris, *§. ſeq. verſ. hinc autem, & ſeq.* non poteſt judex hanc ei adimere in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum eſſe, & ſententiam incertam valere, cenſent DD. in actione univerſali, qualis eſt petitio hæreditatis, & actio familiæ erciſcundæ, item & maxime quando de ſuperacceſſionibus, puta fructibus & expenſis petitis, ſententia fertur, eoque jure utimur *Chriſtin. de deciſ. [illegible] num. 11. vid. plene Io. Fab. hic. n. 12. & ſeqq.* Non idem eſt in actionibus generalibus, puta tutelæ, pro ſocio, negotiorum geſtorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur, ſed quia in his res ante ſententiam declarandæ ſunt, juxta *l. 2. C. de judic. Chriſtin. d. loc. n. 6.* certa hic ſententia ferri debet. Quod quomodo procedat, poſt *Io. Fab. & Plac.* docet *Schneid. hic, n. 14. & n. 30.* Excipit Accurſius & judicia noxalia: ſed eo nomine merito reprehenditur: quoniam facultas noxæ dedendi eſt à lege, *l. 6. §. 1. de re jud.* quod & ipſe alibi agnoſcit *§. 1. inſ. de off. jud.*

Etiamſi de incerta quantitate] Additum potiſſime propter obligationes faciendi, in quibus ſi factum non ſit, quod fieri debuit, obligatio & petitio eſt in id quod actoris intereſt, *l. ſi quis 13. §. 1. de re jud. l. ſi pœnam 68. l. ſtipulationes 72. de verb. obl. §. ult. ſup. eod. tit.* Hoc igitur vult Juſtinianus, etſi id, quod
4 intereſt, petatur, cujus quantitas incerta eſt; *d. l. ſi pœnam, de verb. obl l. quatenus 24. de reg. jur.* nihilominus tamen certam ſententiam ferendam; ut judex prius cognoſcat, quanti interſit actoris, & quantum id eſſe cognoverit, tantum ſententia ſua complectatur, in eamque ſummam reum condemnet, quod etiam fieri debere ſatis aperte præcipitur *in l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int.* Nec eſt metuendum, ne hic judex videatur reum in aliam rem condemnare, quam quæ petita eſt; contra quam cautum *l. ult. C. de fideic. lib.* Nam quemadmodum ſcite à veteribus dictum eſt, eum, qui frumentum ex ſpicis excutit, non novam ſpeciem facere, ſed eam, quæ eſt, detegere: *l. adeo, §. cum quis 7. in fin. de acq. rer. dom.* ita & judex, cum certam ſummam dicit ejus, quod intereſt, non aliam rem dicit, ſed eam, quæ petita eſt, & quam actor intelligi voluit, explicat, ita *Don hic n. 5.* Vulgo autem reſpondent, incertum & certum eſſe, qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & ſententiam, *Mynſ. hic n. 4.* Porro & alias, quamvis incerta ſit petitio, certa tamen ſententia, quoad fieri poteſt, ferenda eſt, ut in actionibus generalibus, veluti pro ſocio, tutelæ, negotiorum geſtorum, uti jam ante dictum eſt. In actione quoque arbitraria de eo, quod certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis, incertum in petitionem deduci videtur, propterea quod in his omnibus judici permittitur ex bono & æquo æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat: ſententia tamen ſemper certa eſſe debet.

TEXTUS.

De pluris petitione.

33. Si quis agens intentione ſua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, cauſa cadebat, id eſt, rem amittebat; nec facile in integrum reſtituebatur à prætore, niſi minor erat 25. annis. Huic enim ſicut in aliis cauſis, cauſa cognita ſuccurrebatur, ſi lapſus juventute fuerat: ita & in hac cauſa ſuccurri ſolitum erat. Sane ſi tam magna cauſa juſti erroris interveniebat, ut etiam conſtantiſſimus quiſque labi poſſet, etiam majori 25. annis ſuccurrebatur; veluti ſi quis totum legatum petierit, poſt deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta ſit, aut quibuſdam aliis legata data ſint; quæ efficiebant, ut plus petiiſſe videretur petitor, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & cauſa. Re, veluti ſi quis pro decem aureis, quæ ei debebantur, viginti petierit; aut ſi is, cujus ex parte res eſt, totam eam, vel majorem partem, ſuam, eſſe intenderit. Tempore, veluti ſi quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius ſolvit, quam ſolvere deberet, minus ſolvere intelligitur, eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco ſibi dari ſtipulatus eſt, alio loco petit ſine commemoratione illius loci, in quo ſibi dari ſtipulatus eſt. Verbi gratia, ſi

ſi is, qui ita ſtipulatus fuerit, Epheſi dari ſpondes? *Romæ pure intendat, ſibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem quam haberet promiſſor, ſi Epheſi ſolveret, adimit ei pura intentione. Propter quam cauſam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua ſcilicet ratio habetur utilitatis, quæ promiſſori competitura fuiſſet, ſi illo loco ſolveret, quo ſe ſoluturum ſpoſpondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur; veluti vino, oleo, frumento, quæ per ſingulas regiones diverſa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus ſub iisdem uſuris fœnerantur. Si quis tamen Epheſi petat, id eſt, eo loco petat, in quo ut ſibi detur, ſtipulatus eſt, pura actione recte agit. Idque etiam prætor demonſtrat, ſcilicet quia utilitas ſolvendi ſalva eſt promiſſori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus eſt, qui cauſa plus petit: ut ecce, ſi quis ita à te ſtipuletur*, Hominem Stichum, aut decem aureos dare ſpondes? *deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere ſtipulationis promiſſoris eſt electio, utrum pecuniam, an hominem ſolvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum ſibi dari oportere intendit, eripit electionem adverſario, & eo modo ſuam quidem conditionem meliorem facit, adverſarii vero ſui deteriorem. Qua de cauſa talis in ea re prodita eſt actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem ſibi dari oportere, id eſt, ut eodem modo peteret, quo ſtipulatus eſt. Præterea ſi quis generaliter hominem ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Stichum petat; aut generaliter vinum ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Campanum petat; aut generaliter purpuram ſtipulatus ſit, deinde ſpecialiter Tyriam petat; plus petere intelligitur, quia electionem adverſario tollit, cui ſtipulationis jure liberum fuit, aliud ſolvere, quam quod peteretur. Quinetiam licet viliſſimum ſit, quod quis petat; nihilominus plus petere intelligitur: quia ſæpe accidit, ut promiſſori facilius ſit, illud ſolvere, quod majoris pretii eſt. Sed hæc quidem antea in uſu fuerant; Poſtea vero ex Zenoniana & noſtra rem coarctavit. Et ſi quidem tempore plus fuerit petitum, quid ſtatui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur conſtitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, id omne, ſi quod forte damnum ex hac cauſa accideret ei contra quem plus petitum fuerit, cummiſſa tripli condemnatione, ſicut ſupra diximus, puniatur.*

NOTÆ.

VEL ANTE CONDITIONEM] Quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici poſſit ante agendo plus peti; veluti ſi quis dare promiſerit, ſi morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, ſed nihil agere, *l. un. in fin. quand. d. uſuſf. leg. l. 36. de ſolut.*

ARBITRARIA ACTIO PROPONITUR] Quæ quam ob cauſam introducta ſit, docet Cajus *l. 1. de eo quod certo loc.*

RATIO UTILITATIS, QUÆ PROMISSORI] Pluris petitio hic æſtimatur ex damno promiſſoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus eſſet, ſi eo loco ſolveret, in quo ſe ſoluturum promiſit.

QUIA UTILITAS SOLVENDI SALVA PROMISSORI] Id eſt, ratio utilitatis, quæ promiſſori competitura fuiſſet, ſi alio loco ſolveret, non habetur: nam cum eo loco convenire, quo dari promiſit, ejus nihil intereſt ratione loci. Fabrot.

SPECIALITER TIRIAM] Quæ nobilior eſt. Strabo *lib. 16.* Plin. *lib. 5. cap. 19. & lib. 21. cap. 8.* Euſtath. *ad Odyſſ. 15.* ἐπαινεῖται γοῦν ἡ Τυρία πορφύρα.

COMMENTARIUS.

1. *Qui ante conditionem petit, eum nihil conſumere.*
2. *Pœna à Zenone conſtituta in eos, qui tempore plus petunt; à Juſtiniano in eos, qui alio modo.*
3. *Quid nunc fere in praxi circa hac obſervetur.*

SUperius admonuit judicem de officii ſui in ferenda ſententia. Hic actorem inſtruit ad actionem recte inſtituendam, formandumque libellum petitorium. Summa diſputationis huc redit, ut petat actor, quod ſibi debetur, ut petat, quantum ſibi debetur; ut petat ex ea cauſa, ex qua debetur. Si ſecus fecerit, placet, interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab obſervatione juris veteris procul receſſum, ut poſteá intelligemus.

Cauſa cadebat] Ut diſcerent omnes jus ſuum diligenter explorare, nec temere aliis creare moleſtiam, placebat olim, eum, qui plus quam ſibi deberetur, petierat, graviter multari, remque totam amittere, uti paſſim ex Cicerone intelligi poteſt, præſertim ex oratione pro *Q. Roſcio Comœdo, fac. l. 1. de int. in jur. l. ſi pater 36. de ſolut.* Hinc illud apud Plautum *in Moſtellaria: Velim quidem hercle ut uno nummo plus petat.* Id veteres dicebant *cauſa cadere*, item *formula cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone, *1. de orat. Sueton. in Claud. cap. 14. Senec. epiſt. 48. Quintil. lib. 7. Inſt. orat.* diſcimus.

Nec facile in integrum reſtituebatur] Adverſus amiſſionem cauſæ ob pluris petitionem nemo à prætore reſtituebatur, niſi ex iis cauſis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum reſtitutionem præbebant. Quarum duæ hic proferuntur, ætas perſonæ plus petentis, & juſta errandi cauſa. Faciliores aliquando principes fuerunt: nam de Claudio refert Suetonius *d. loc.* ſolitum eum fuiſſe reſtituere ex bono & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidiſſent.

Niſi minor erat viginti quinque annis] Minori, qui errore ætatis & juvenali temeritate plus petendo cauſa ceciderat, prætor cauſa cognita ſubveniebat per reſtitutionem in integrum ex edicto generali de minoribus, *l. 1. & paſſim, de minoribus.*

Etiam majori] Ex illa parte edicti de majoribus reſtituendis; *Item ſi qua alia mihi cauſa juſta eſſe videbitur, in integrum reſtituam, l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* Juſti erroris, & qui ob id merito etiam in majoribus excuſetur, cauſa eſt in hac ſpecie; Titio centum teſtamento legata ſunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota centum ex teſtamento petit. Item in hac; Teſtator dodrantem bonorum in teſtamento Sempronio legavit; poſt deinde in codicillis nonnihil legavit Titio. Sempronius, qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem integrum ex teſtamento petit. Juſtus in utraque ſpecie error eſt, & cui ignoſci oporteat, propterea quod ex alieni facti naſcitur ignorantia *l. ult. pro ſuo.* Alludit huc Seneca *epiſt. 48. Quid enim aliud agitis*, inquit, *cum eum, quem interrogatis, in fraudem inducitis, quam ut formula cecidiſſe videatur: Sed quemadmodum illum prætor, ſic eos Philoſophia in integrum reſtituit.*

Atque ideo lege Falcidia legata minuebantur] Rectior erit ſententia, ſi legamus, *ideo quod lege Falcidia, &c.* quippe ratio cur in propoſito petitor plus petiiſſe videatur, quam dodrantem, hæc eſt, quod lege Falcidia legata ipſo jure minuantur. Ut bene obſervavit D. Hotom.

Plus autem quatuor modis] Pœnæ plus petitionis non ſolum locus erat, cum quis re aut quantitate plus petiiſſet, ſed etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco aut cauſa ſeu modo. Paulus *1. ſent. 10. Cauſa cadimus*, inquit, *aut loco, aut ſumma, aut tempore, aut qualitate. Loco, ſi alibi: ſumma, ſi plus quam damus, petimus: tempore, petendo ante tempus: qualitate, ejuſdem ſpeciei rem meliorem poſtulantes.* Hæ quatuor ſpecies plus petitionis plenius hoc loco explicantur à Juſtiniano.

Re, veluti ſi quis pro decem aureis, &c.] Re plus petere dicitur, qui majorem vel ſummam pecuniæ, vel partem rei, quam quæ ſibi debetur, petit.

Tempore, veluti ſi quis ante diem vel conditionem] Plus quam debetur, ſine controverſia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promiſſum eſt, etiam ante diem debetur; ut hic ſubſit debitum quod peti poſſit, & præmature petendo amitti, *§. 2. ſup. de verb. obl. l. cedere 213. de verb. ſign. junct. §. temporales 10. inf. de except.* Sed quod additur, etiam eum plus petere, quam debetur, qui ante conditionem petit, incaute & perperam adjectum videtur. Etenim cum conditio ſuſpendat obligationem, ita ut pendente ea nihil dum debeatur, *§. ſub conditione, ſup. de verb. obl. d. l. cedere, de verb. ſign. l. 8. de per. & com. rei vend.* Quomodo dici poteſt plus debito petere, qui ante conditionē petit, hoc eſt, eo tempore quo nondum ulla nata eſt obligatio? Quod ſi ante conditionē agendo nemo plus debito petere intelligitur, conſequens eſt, neq; pœnam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita habet. Qui ante tempus petebat ideo rem conſumebat, quia in judicium eam deduxiſſet, *d. §. temporales,*

porales, inf. de exc. At pendente conditione cum nihil fit, quod debeatur, nihil quoque eſt, quod in judicium deduci, & deducendo conſumi poſſit. Et ideo veteres eum, qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit ante diem, ſed nihil agere, *l. un. in fin. quand. dies uſuf. leg. ced.* & diſerte nihil conſumere, *l. ſi pater 6. de ſolut.* An igitur putamus, hæc latuiſſe Tribonianum? Potius eſt, ut dicamus, eum per conditionem intellexiſſe non eam, quæ vere conditio eſt, ſcilicet, quæ an extitura ſit, incertum eſt, & qua proinde pendente nihil debetur: ſed eam, quam veteres minus proprie conditionem vocant, nimirum, quam certum eſt omnimodo extituram eſſe, veluti, ſi quis, ſi morietur, vel cum morietur, dare promiſerit, & ſtipulator vivo promiſſore agat. Nam tali ſub conditione quod promiſſum eſt, pendente quoque ea debetur, *l. nam ſi 17. cum l. ſeq. de cond. ind. l. 9. § 1 de novat.* Et igitur, *ante conditionem*; intellige; *qua modo efficiat,* ut ante debeatur aliquid, quo dici poſſit, ante agendo plus peti, quam debeatur.

Qua enim ratione qui tardius] Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur: nam contrariorum ſunt contraria conſequentia. Conſtat autem, eum, qui tardius ſolvit, minus ſolvere; quoniam emolumentum intermedii temporis adimit creditori. Sequitur ergo, ut, qui ſolvit celerius, plus ſolvat: quemadmodum veteri proverbio dicitur, *Bis dat, qui cito dat*: & qui celerius petit, plus petat: quoniam reliqui temporis commodo, quantum in ſe eſt, debitorem privat.

Loco plus petitur] Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco ſibi dari ſtipulatus erat, alio loco pure petit. Quæ pluris petitio æſtimatur ex damno promiſſoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus eſſet, ſi eo loco ſolveret, in quo ſoluturum ſpopondit.

Romæ pure intendat ſibi dari] Pure intendere ſibi dari oportere hic dicitur, qui intendit ſibi dari oportere ſine commemoratione loci, in quo dari ſibi ſtipulatus eſt, & omiſſa arbitrii formula, qua judici permittatur facultas æſtimandi ex bono & æquo, quantum promiſſor ſolvere debeat. Nam pura intentio hic actioni arbitrariæ è regione opponitur.

Alio loco petenti arbitraria actio] Alio loco, quam in quem ſibi dari quisque ſtipulatus eſſet, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, ſi promiſſor ad eum locum, in quem daturum ſe pro[illegible], nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis neceſſario diſtringeretur, non poſſe [illegible]pulatorem ad ſuum pervenire: ideo viſum eſt, in eam rem actionem utilem ſive arbitrariam comparare, *l. 1. de eo quod cert. loc.* Hac ratione & actori conſul[illegible] alibi agendi facultate, nec reo fit injuria; cui alibi conventio arbitrio judicis ſalva præſtatur utilitas loci conſtituti. Illud hic obiter monendi ſumus, quod paſſim dicitur, eum, qui certo loco dare promiſit, poſſe quolibet [illegible] loco arbitraria actione conveniri, ſic accipiendum, ut ſupponantur termini habiles, id eſt, modo locus ſit idoneus, qualis eſt locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, *l. hæres 19. §. 1. & deinceps de jud. l. contraxiſſe. 21. de O. & A. Coſtal. ad l. 1. de eo quod cert. loc. Perez. in C. 1. eod. n.* [illegible]

Qua utilitas plerumque in mercibus] Conſtat, varia eſſe rerum pretia per ſingulas civitates regionesque; maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem poteſtas ubique eſſe; tamen aliis locis facilius & levioribus uſuris pecunia invenitur, aliis difficilius & uſuris gravioribus, *l. 3. de eo quod cert. loc.*

Proximum eſt, qui cauſa plus petit] Verbum cauſa vari[am] admodum in jure civili ſignificationem habet, & quæ facilius intelligitur, quam exprimitur. Hic autem ſignificat modum ſeu qualitatem obligationis, *l. obligationum 44. in pr. & §. 3. de oblig. & act. Paul. 1. ſent. 10.* Qui autem cauſa plus petit, idem fere peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quam ubi debetur, loci utilitatem adimit debitori: ita qui cauſa plus petit, promiſſori adimit utilitatem electionis.

Hominem Stichum aut decem aureos] Duæ ſunt ſpecies plus petitionis ratione cauſæ: quarum altera hic proponitur, cum ex pluribus rebus disjunctim promiſſis una aliqua certa petitur: altera mox ſubjicitur, cum, genere promiſſo, petitur certa ſpecies. In utraque autem ſpecie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo aufertur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

Promiſſoris electio eſt] In disjunctivis obligationibus, id eſt, cum illa aut illa res promittitur, rei electio eſt, *l. plerumque 10. in fin. de jur. dot.* Et ideo qui electionem ſibi non conſtituit, incertum ſtipulari dicitur, *l. ubi autem 75. §. qui illud. 8. de verb. obl.*

Generaliter hominem ſtipulatus] Sicut in promisſione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promiſſione generis, *l. cum is 32. in fin. de cond. ind. l. fidejuſſorem 52. mand. l. ex pluribus 106. de verb. obl.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promiſſo certam ex eo genere ſpeciem petit, qua is plus petere dicitur, qui, pluribus rebus disjunctim promiſſis, unam earum petit ſimpliciter.

Et ſpecialiter Campanum petat] Theophilus ſcribit, vinum Campanum omnium aliorum eſſe peſſimum: cum tamen Cajus & Ulpianus, ejus exemplum pro eo, quod optimum eſt, adducant, *l. ſtipulationum 74. & l. ſeq. §. 2. de verb. obl.* uti hic etiam Juſtinianus; quod vel puer viderit. Scriptores quoque

que cæteri vina Campana inter generoſiſſima numerant? qualia ſunt illa carminibus Horatii celebrata, *Cæcubum, Maſſicum, Falernum, Formianum, Calenum.* De regione Campaniæ Italicæ Florus *lib. 1. c. 16.* ita ſcribit; *Omnium non modo Italia, ſed terrarum orbe pulcherrima Campania plaga eſt. Nil mollius cælo: bis floribus vernat. Nihil uberius ſolo: ideo Liberi Cererisque certamen dicitur.* Et paulo poſt; *Hic amicti vitibus montes, Gaurus, Falernus, Maſſicus, & pulcherrimus omnium Veſuvius.* Eadem fere de ora Campaniæ habet Plin. *lib. 3. cap. 5.* unde videtur Florus ſua deſcripſiſſe.

Tyriam] Purpuram omnium pretioſiſſimam, teſte Strabone, *lib. 16. add. Plin. lib. 5. cap. 19. & lib. 21. c. 8.* Puniceum purpuræ colorem procre. Africa, id eſt, quaſi violaceum: Tyros autem rubeum, auctor Vitruvius *lib. 7. cap. 17.*

Licet viliſſimum ſit] In pluris petitione ratione cauſæ, plus non tantum æſtimatur ex pretio & valore rei, ſed etiam ex facultate ſolvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpe enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

Sed hæc quidem antea] Quibuscunque modis ex quatuor, quos Juſtinianus expoſuit, plus petitum eſſet, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor cauſa caderet. Sed poſtea ab hac pœna receſſum eſt, & in eos, qui tempore plus peterent, alia pœna conſtituta à Zenone; in eos, qui alio modo, à Juſtiniano. Quid à Zenone cautum fuerit, exponitur *inf. de except. §. temporales 10.* nimirum ut adverſus eum, qui ante tempus petit duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis nō antea reus actionem ſuſcipere cogatur, quam impenſæ prioris litis ei fuerint refuſæ. Conſtitutio ipſa deſideratur. Epitomen ejus ex Baſilicis erunt Cujac. *lib. 12. obſ. 21.* Adverſus cæteros Juſtinianus hanc pœnam ſe ſtatuere ait, ut, ſi quid ex pluris petitione damni ſenſerit adverſarius, id petitor triplo compenſet. Juſtinian. quoque hæc conſtitutio intercidit, & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur. Refert ſe hic ad *§. tripli. 24. ſup. hoc tit.* ubi nominatim agit de eo, qui majorem debita quantitatem petit, idque dolo malo, ut viatores majores exigerent ſportulis: hic autem loquitur, ut videatur velle pœnam tripli. etiā extra cauſam doli, obtinere, eademque pœna multari eos quoque qui loco & cauſa plus petunt, ut hic tripletur omne damnum, quod reo per cauſam injuſtæ petitionis illatum eſt. In praxi neutra prædictarum conſtitutionum obſervatur, quo facilior earum jactura eſt. In toto enim Belgio, Gallia, aliisq; regionibus eo nunc jure utuntur, ut ſi quantitate aut ſumma plus petitum ſit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquido debentur, centum, reus ſi nihil obtulerit, condemnetur in omnes litis expenſas; idque propter moram, cum partem, quam ſe debere non ignorabat, offerre debuerit. Si vero reus partem debitam offerat; actor in lite perſeverans reo in expenſas condemnatur. Quod ſi certum corpus, quod noſtri ſpeciem, Philoſophi individuum appellant, petitum ſit, veluti fundus, & pars injuſte poſſeſſa non offeratur, impenſæ, quaſi in mutua victoria compenſantur. Idemque eſt, ſi debitum non ſit liquidum: nam tum debitori imputari non poteſt, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita abſolvitur reus, ut ſalvum jus actori maneat conveniendi reum in loco conſtituto, & in expenſas illius inſtantiæ actor condemnatur, juxta *l. properandum 13. §. ſive autem 6. C. de judic.* Idem eſt, ſi ante tempus agatur, aut ſi, quod ſub disjunctione debetur, petatur ſimpliciter. Nam & hic ſolet judex reum ab obſervatione judicii abſolvere cum expenſis, ſalva facultate actori conveniendi reum, cum dies venerit, vel petendi disjunctim, quod ſimpliciter petitum fuerat. *Rebuff. ad conſt. Reg. procœm. tom. 1. n. 53. Imbert. lib. 2. Inſt. forenſ. c. 151. Papon. lib. 8. tit. 1. arreſt. 2. & 3. Ant. Fab. C. ſuo. de plus pet. defin. unic. Tuld. & Perez. C. eod. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 266. & vol. 2. deciſ. 157.* ubi plures alleg. *add. Covarr. lib. 1. var. reſ. c. 2. n. 5. Menoch. de arb. jud. lib. 2. cent. 2. caſ. 177.* ubi late tractat, quæ ſit juſta litigandi cauſa, ut in lite ſuccumbens excuſetur ab expenſis.

TEXTUS.

De minoris ſummæ petitione.

34. Si minus intentione ſua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, velut ſi quum ei decem aurei deberentur, quinque ſibi dare oportere intenderit; aut ſi quum totus fundus ejus eſſet, partem dimidiam ſuam eſſe petierit, ſine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adverſarium eodem judicio et condemnat ex conſtitutione divæ memoriæ Zenonis.

COMMENTARIUS.

Minus non quatuor modis, ut plus, ſed uno tantum, nempe re, petitur; ut exempla hic propoſita declarant. Ac de loco quidem & cauſa manifeſtū eſt: de tempore vero dubitari poſſet. Nam ſi tempore & plus peti & minus ſolvi poteſt; ut ſuperius diximus: videtur etiam & minus peti & plus ſolvi eodem modo poſſe. Sane ſi plus petit, qui ante tem-

te tempus petit, plus etiam ſolvit, qui ante tempus ſolvit. Quin etiam dialectica ratione diſputari poſſet, ſi minus ſolvit, qui poſt tempus ſolvit, minus etiam petere, qui poſt tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem ſermonis conſuetudinem, neque in uſum fori & judiciorum cadit: quoniam neq; quicquam niſi poſt tempus exactum debetur: & id ipſum nonnunquam longo poſt intervallo petitur.

Sine periculo agat] Qui minus petit, quam ſibi debetur, etſi non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod ſibi vere debetur: & quia minus petendo nulla fit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis pœna eſt; licetque actori comperto errore ſuo actionem poſtea mutare, & totum quod debetur, petere. Nam & alias cuilibet liberum eſt ab initio actionem dividere, partemque petere, ſalvo jure reliquum poſtea petendi.

Eodem judicio] Quomodo hoc accipiendum ſit, videbimus §. *ſeq.*

Ex conſtitutione Zenonis] Epitome conſtitutionis Zenonianæ, qua Juſtinianus ait, poteſtatem judici permitti in caſu propoſito, etiam in reliquum quod ſibi apparebit deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prodita eſt à Cujacio *lib. 12. obſ. 21.* quæ novis in editionibus eſt, *l. 1. C. de plus pet.* Conſtitutionem ipſam non habemus.

TEXTUS.

Si aliud pro alio petatur.

35. *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, ſed in eodem judicio cognita veritate, errorem ſuum corrigere ei permittitur; veluti ſi is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut ſi quis ex teſtamento dari ſibi oportere intenderit, quod ex ſtipulatu debetur.*

NOTA.

31. In eodem judicio] His verbis non tam denotatur judicii unitas, quam negotii apud eundem judicem ſine nova interpellatione (quod olim neceſſarium erat) continuatio: proprie enim judicium ibi eſſe dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis conteſtatio. Bachov.

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit emendare actionem, quid mutare.*
2. *Quamdiu emendare vel mutare actionem liceat.*
3. *Praxis horum temporum.*

Si quis aliud pro alio petat] Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, conſtat, eum non petere quod debetur, & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quo minus cognita veritate errorem ſuum, & quidem eodem item judicio corrigere poſſit. Idemque placet, ſi quis ex alia cauſa petat, quam ex qua debetur, puta ex teſtamento, cum debeatur ex ſtipulatu: quo caſu cum idem petatur ex alia tantum cauſa, nequaquam dici poteſt quod Theophil. ſcribit, etiam hic aliud pro alio peti: & magis eſt, ut dicamus, Juſtinianum plus ſenſiſſe quam ſcripſiſſe. Illud ſemper tenendum eſt, ſumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem ſuum corrigere] Poteſt igitur actio ſemel edita poſtea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri placuit. Extat de ea re conſtitutio Severi & Antonini in hæc verba; *Edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas, l. 3. C. de edend.* Emendatur actio, cum mendum vel error tollitur, aut defectus ſuppletur, ſalva manente principali ſubſtantia concluſionis. 1 Mutatur, cum repudiata vetere inſtituitur nova, veluti ſi actor aliud pro alio, aut idem ex alia cauſa petere inſtituat. *Perez. C. de edend. n. 7.* Sed adjectæ ſunt reſcripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas; & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacumque quis experiri velit: proinde ſi quis nova experiatur, etiam hanc edi oportet, novumque reo ſpatium ad deliberandum dari, cedere, an contendere malit, *l. 1. de edend.* Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa ſive mutatio ſine damno adverſarii fiat: ideoque qui temere adverſarium ſuum in jus vocavit, is ei viatica & ſumptus prioris litis reddere tenetur, *l. eum qui 79. de judic. Don. in d. l. 3. C. de edend. n. 3. & ſeqq. D. Perez. d. loc.* 2 Illud quæritur, quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum litem conteſtatam tantum, an vero etiam poſtea. Ego puto, jus actori & nunc eſſe & olim fuiſſe actionem emendandi vel mutandi, non ſolum ante, de quo inter omnes convenit, ſed etiam, quod plerique negant, reſpectu mutationis, poſt litem conteſtatam, *per l. fidejuſſor. 32. de neg. geſt. l. cum indebitum. 57. § 1. de cond. ind. l. 4. §. ult. de nox. act. l. cum fundum. 18. §. 1. und. vi.* Eaque haud dubie eſt etiam ſententia Imperatorum *in d. l. 3. C. de edend.* & Juſtiniani hic. Cæterum jure veteri eo caſu opus erat alio judicio novaque interpellatione, *l. non poteſt. 23. de judic. l. ut fundus 18. com. divid.* Jure autem novo actori etiam poſt li-

tem conteſtatam permittitur corrigere errorem ſuum, & mutare libellum petitionis in eodem judicio, ut hic diſerte cautum eſt, *Don. ubi ſup. num. 17. Peck. d. loc n. 7.* quanquam exiſtimo, his verbis non tam judicii unitatem denotari, quam negotii apud eundem judicem ſine nova in jus vocatione continuationem; ut in hoc ſaltem novum jus diſtet ab antiquo, quo nova interpellatio deſiderabatur, & prætor de integro adeundus erat, ut aliud judicium daret. Sane non video quomodo alioqui recte defendi poſſit, idem judicium ſervari, ubi nova litis exigitur conteſtatio. Quod quidem negari non poteſt. Nam ſi reus poſt novam actionem editam & inducias ad deliberandum denuo conceſſas ad contradicendum venerit, utique contradictione ſua novam litem facit: ut etiam diſſerit Bachovius hic. Interpretum in *l. 3. C. de edend. & ad hunc §.* communis ſententia eſt, libellum quidem emendari poſſe, uſque ad ſententiam definitivam, mutari autem non poſſe, niſi uſque ad litem conteſtatam: atque adeo ne partium quidem conſenſu: quoniam litis conteſtatio & alii actus ſubſtantiales judicii partium conſenſu tolli non poſſunt. Quæ ſententia uſu forenſi recepta dicitur. *Gail. 1. obſ. 74. num. 4. & ſeqq. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 1. cap. 5. & 6. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 88. n. 11.* quanquam de fori noſtri uſu contrario teſtetur. *Groënevv. de ll. abrog. hic.* Plane, ſi probari poteſt, per ignorantiam advocati in concipienda concluſione erratum eſſe, etiam mutatio uſque ad ſententiam permitti ſolet; ſed non niſi ad poſtulationem litigatoris impetrata reſtitutione in integrum, & cum refuſione expenſarum, *Merul. d. cap. 6. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 104. add. Groënevv. d. loc. & ad tit. C. de error. advocat.*

TEXTUS.

Diviſio ſexta. De peculio.

36. Sunt præterea quædam actiones, quibus non ſemper ſolidum, quod nobis debetur, perſequimur, ſed modo ſolidum perſequimur, modo minus. Ut ecce, ſi in peculium filii ſervive agamus. Nam ſi non minus in peculio ſit, quam perſequimur, in ſolidum dominus, paterve condemnatur: ſi vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio ſit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, ſuo ordine proponemus.

COMMENTARIUS.

Redit hic Imperator ad inſtitutum, quod interrupit, *§. curare. 32. ſup.* proponitque ad extremum adhuc unam diviſionem, quæ ad effectum actionis pertinet, & declarat, quantum ex unaquaque actione ſperare liceat Diviſio hæc eſt, quod quædam ſunt actiones, quibus ſolidum quod nobis debetur, conſequimur; quædam, quibus modo ſolidum, modo minus. Quo minus ſemper ſolidum conſequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio conſtituta eſt; quod explicatur hoc §. aut beneficium reo tributum, ut in id tantum teneatur, quod facere poteſt; cujus generis actiones quædam proferuntur *§§. ſeqq. & ult.* aut mutua creditoris obligatio; de quo *§. ſeq. verſ. propter retentionem & §. pen. eod.*

Si in peculium filii ſervive] De peculio actio propoſita eſt ex contractu filiorum familias & ſervorum adverſus patrem & dominum, *§. actiones 10. ſup. eod.* Hac actione non ſemper ſolidum conſequimur: quia adjectio illa de peculio ſignificat, conſtitutam illam eſſe, quatenus eſt in peculio, ut ſiquidem non minus ſit, quam perſequimur, in ſolidum dominus & pater condemnentur: ſi vero minus inveniatur, quatenus in peculio ſit, *d. §. actiones & præterea 4. tit. ſeq.* Quid in peculio ſervi filiive habendum, item de quo peculio actio adverſus patrem conſtituta contractu filii, alibi expoſitum eſt.

TEXTUS.

De repetitione dotis.

37. Item ſi de dote in judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere poſſit, id eſt, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaq; ſi dotis quantitati concurrant facultates ejus, in ſolidum damnatur, ſin minus, in tantum, quantum facere poteſt. Propter retentionem quoq; dotis repetitio minuitur. Nam ob impenſas in res dotales factas, marito quaſi retentio conceſſa eſt; quia ipſo jure neceſſariis ſumptibus dos minuitur, ſicut ex latioribus Digeſtorum libris cognoſcere licet.

NOTÆ.

QUATENUS FACULTATES] Facere poſſe civili ratione hic dicitur, qui de ſuo præſtare poteſt honeſte, deducto ſcilicet eo, quod illi ſatis ſit ad victum quo-

quotidianum & alimenta, *l. 29. in fin. l. 30. de re jud. l. C. de ceſſ. bon. l. 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei jud. ſpectatur, *l. 15. ſol. matr.*

Ob impensas] Olim non modo neceſſarias, ſed etiam utiles, *l. 1. cum ſeqq. de impenſ. in res dot.* Hodie retentio permiſſa ob neceſſarias impenſas duntaxat, *l. un. §. 3. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, tum quæ ſint iſtæ impenſæ, cognoſce ex *l. 5. de imp. in res dot. l. 56 § ult. de jur. dot.*

Commentarius.

1. *Beneficium competentiæ quibus quas ob cauſas detur.*
2. *Quibus perſonis præter maritum in cauſa dotis idem beneficium tribuatur.*
3. *Rei dotalis retentio quibus ex cauſis marito olim conceſſa: & quid hic novi à Juſtiniano.*
4. *Ex quibus cauſis reo detur retentio extra cauſam dotis.*

1 Sunt quædam perſonæ, quibus humanitatis cauſa tributum eſt, ut ne conveniantur in ſolidum, ſed in id tantum, quod facere poſſunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentiæ. Tribuitur hoc beneficium partim ob cauſam, ex qua agitur, partim ob perſonam rei, cum qua agitur. Ob cauſam ſoli donatori ex cauſa donationis convento, *§. ſeq. in fin.* Ob perſonam rei varie, ob neceſſitudinem & conjunctionem perſonarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, ſociis, &c. Ob ſolam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in remp. unde militi, qui ſub armata militia ſtipendia meret *l. 6. l. item miles 16. de re jud.* Denique ob ſolam commiſerationem: unde ei, qui bonis ſuis ceſſit, tribuitur, *§. ult. inf. eod.* & interdum filio emancipato, *l. 2. quod cum eo qui in al. pot. l. & exhæredatum 49. de re jud.*

2 *Si de dote mulier agat*] Eleganter Theod. Hermop. ad *l. 173. de R. I.* Αἰσχυνέται ὁ νόμος παῤῥησίαν δοῦναι τῇ χθὲς καὶ πρώην συγκοινωνῷ τοῦ βίου, παντὸς ἀπογυμνῶσαι τὸν ἴδιον ἄνδρα. Non autem marito tantum adverſus uxorem, ſed etiam uxori adverſus maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti ſeu uxoris ſocero de dote convento, *l. patronus 17. l. non tantum 20. cum l. ſeq. de re jud. l. rei judicatæ 15. in fin. & l. ſeq. ſolut. matr.* Et ex diverſo idem quoque honos habetur patri uxoris, ſi ex promiſſione dotis à genero conveniatur, *l. ex diverſo 17. ſolut. matr.* niſi jam diſſolutum ſit matrimonium, *l. ſicut 21. cum l. ſeq. de re jud.* Quod autem ait, ſi de dote mulier agat, exempli tantum cauſa dicitur. Nam non ſolum maritus, cum ex cauſa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; ſed etiam cum ex aliis contractibus: *d. l. non tantum de re jud.* niſi ſoluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, *l. divortio 35. de neg. geſt.* Atque hoc jure etiamnum utimur. *Zypæ. not. jur. Belg. de jur. dot. in fin.*

Propter retentionem] Diximus, mutuam creditoris ejusdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne reus in ſolidum condemnetur. Id conſequitur non tantum per compenſationem proprie dictam, cum quantitates utrimque debitæ compenſantur: de quo *§. pen. inf* ſed interdum etiam per retentionem, cum fundus aut alia ſpecies ab eo petitur, & viciſſim actor ei pecuniam debet. In cauſis 3
dotis tribuebatur olim marito variis de cauſis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipſo donatas, ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impenſas in rem dotalem factas, non modo neceſſarias, ſed etiam utiles. Juſtinianus autem, ſublata ex omni alia cauſa retentione, ſolam reliquit eam, cujus hic fit mentio, nempe quæ fit ob impenſas neceſſarias *l. un. §. taceat. 5. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ ſint iſtæ impenſæ, cognoſce ex *l. 5. de imp. in rem. dot. l. ſi is qui 56. §. ult. de jur. dot.* Extra dotis re- 4
tentio reo tribuitur ex his & ſimilibus cauſis; ſi rem, quæ petitur, alii pignori obligatam, pecunia ſua liberaverit, *l. quib. mod. pign. ſolv.* ſi pignus in aliquam ſummam nominatim acceptum, pro alia ſumma, quam eidem poſtea ſine pignore credidit, retineat, *l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. ten.* Item ſi rem alienam, quæ petitur, ſumptus fecerit, ſecundum diſtinctionem alibi traditam: vid. *l. in fundo. 38. l. ſumptus 48. de rei vind. l. ſi in area 33. de cond. ind. §. ex diverſo 30. cum aliquot ſeqq. ſup. de rer. diviſ* Materiam retentionis diſtincte tractat *Io. Fab. in d. l. un. C. etiam ob chir. pec.* & *Coſtal. in l. in rebus 18. §. poſſunt. commod. add. Papin. lib. 6. art. 4. art. 21. Rebuff. ad l. non poteſt. 117. de verb. ſign.*

Textus.

De actione adverſus parentem, patronum, ſocium, & donatorem.

38. Sed & ſi quis cum parente ſuo, patronove agat; item ſi ſocius cum ſocio judicio ſocietatis agat; non plus actor conſequitur, quam adverſarius ejus facere poteſt. Idem eſt, ſi quis ex donatione ſua conveniatur.

Notæ.

38. Socius cum socio] *d. l. 16.* Quia ſocii inter

inter ſe quodammodo fratres ſunt, *l. 63. pro ſoc.* *τάξιν γὰρ ἐπέχουσιν ἀδελφῶν.* Th. Hermopol. ad *l. 173. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

C*Um parente ſuo patronove*] *l. ſunt quidam 16. & l. ſeq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent: ac proinde & matri idem concedendum. *Gutier. 2. pract. qu. 28. n. 2.* Patrono datur ob eandem reverentiam, quam ei debet libertus, *l. 9. de obſ. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque ſtatuunt, nec liberos à parente ultra quam facere queunt, conveniri poſſe. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum eſt, *l. patronus 17. de re jud.*

Item ſi ſocius cum ſocio judicio ſocietatis] Igitur ſocio omnium bonorum ſemper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi, *d. l. ſunt quidam.* Non omnium bonorum ſocio, cum convenitur judicio ſocietatis, *l. verum 63. in pr. pro ſoc.* Quo loco etiam indicatur ratio, ob quam placet ſocium hoc privilegio frui; nimirum quia ſocii inter ſe quodammodo fratres ſunt. Quod ſi ſociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo magis veris fratribus idem concedendum: cum etiam fratri inopi alimenta debeat. *Teſſaur. deciſ. 119. Chriſtin. vol 3. dec. 143. num. 2. D. Tulden. comm. hoc tit. cap. 19.* Plane non alias ſocius hoc beneficio juvatur, quam ſi confiteatur, ſe ſocium eſſe: Negantem, ſe ſocium, placet, in ſolidum condemnari, *l. ſi unus 67. in fin. pro ſoc. l. ſed hoc 22. §. 1. de re jud.* Noſtris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter ſocios habetur ratio, ſed ſola ſpectatur rerum communio, conventique in ſolidum condemnantur, *Gothofr. in l. 16. de re jud. Grœnevv. de ll. abrog. hic.*

Ex donatione] Is quoque, qui ex liberalitate ſua convenitur, in id tantum, quod facere poteſt, condemnatur, *l. Divus 28. de reg. jur.* & quidem is ſolus deducto ære alieno, *l. inter eos 19. §. 1. de re jud.* Pinguius enim donatori ſuccurrere debemus, quam qui verum debitum ſolvere compellitur: ne liberalitate ſua inops fieri periclitetur, *l. & exhæredatum 49. cum l. ſeq. eod.* Et ita utimur, *conſult. IC. Bat. pag. 1. conſ. 269.* quamvis in Gallia nec hoc obſervetur. *Bugn. de ll. abrog. lib. 1. ſatyr. 12.*

TEXTUS.

De compenſationibus.

39. *Compenſationes quoque oppoſitæ plerumque efficiunt, ut minus quisque conſequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem cauſa præſtare oportet, poterit judex in reliquum eum, cum quo actum eſt, condemnare, ſicut jam dictum eſt.*

COMMENTARIUS.

ETiam per compenſationem reus conſequitur, ne in ſolidum damnetur. Compenſatio tunc proprie eſt, cum res, quæ numero, pondere, menſura conſtant, utrimque debentur; ut oſtendimus ad *§. in bona 30. ſup. eod.*

Compenſationes oppoſitæ] Etſi compenſatio ipſo jure actionem minuit, tamen in judicio opponenda & allegānda eſt, ut judex ſciat, eſſe, quod viciſſim debeatur, ejusque in condemnatione rationem habeat. Hæc vero allegatio proprie exceptio non eſt, ſed nuda defenſio; quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis eſt, ſi quis ſe ſolviſſe aut ſibi acceptò latum dicat: quod latius explicui ad *d. §. in bona.*

Plerumque] Hæc particula forte adjecta eſt propter cauſam depoſiti, vectigalium, tributorum &c. in quibus compenſationi non eſt locus, *l. 3. & l. ult. C. de compenſ.* Fortaſſis etiam, quia liquidi tantum cum liquido compenſatio admiſſa: quo autem ex cauſa non liquida compenſandi gratia objicitur, alii judicio reſervandum, niſi initio litis per modum exceptionis objiciatur, *d. §. in bona l. ult. C. de compenſ.*

Ex eadem cauſa] Hæc verba Theophilus non agnoſcit. Et ſane etiam, quod ex diverſa cauſa debetur, compenſari poſſe conſtat, *paſſim tit. ff. & C. de compenſ. Paul. 2. ſent. 5.*

TEXTUS.

De eo qui bonis ceſſit.

40. *Cum eo quoque, qui creditoribus ſuis bonis ceſſit, ſi poſtea aliquid acquiſierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere poteſt, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, ſpoliatum fortunis ſuis in ſolidum damnari.*

NOTÆ.

NOTÆ.

40 Qui bonis ceſſit] Ex Ulpiano *l. 4. de ceſſ. bon.*

Idoneum emolumentum] Non modicum, ſed quod alicujus momenti ſit, quo prætor moveri poſſit, *l. 6. & 7. eod.*

Ex integro] Ideſt, ἐξ ὁλοκλήρου, de integro, rurſus, denuo, non εἰς ὁλόκληρον, in ſolidum.

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit facere poſſe, & quid hoc reo tribuat.*
2. *Quibus rebus deductis id æſtimetur.*
3. *Quale ſit hoc beneficium, perſonæ, an rei cohærens.*

Hic iterum proponitur ſpecies, ubi beneficium reo datum facit, ut actor ſolidum non ſemper conſequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentiæ, ſolidum quod debet, ſolvere compellitur; ſi nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, niſi bonis cedere malit, *l. 1. C. qui bon. ced.* nam bonorum ceſſione pœnam carceris evitare poteſt, utique ſi ſua non malo more amiſit, prodegit, aut fraudulenter alienavit. *l. ſi quis dolo 51. de re jud. l. verum 63. §. hoc quoque 7. pro ſoc. add. Gomez. 2. reſol. 11. n. 52. & ad l. Taur. 79 n. 2. Ben. Stracch.*
1 *de merc. tract. decoctorib. part. 3. n. 9.* Cæterum non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde ſi poſtea facultates aliquas, quas modo alicujus momenti ſint, iterum acquiſierit, denuo efficaciter conveniri poteſt: ſed jam ita, ut non in ſolidum, quod amplius debet, ſed ſolum in quantum facere poteſt, damnetur, *l. 4. l. 6. & 7. de ceſſ. bon.* Beneficium ei tributum ex ſola commiſeratione, ut in extremo hujus §. indicat Juſtinianus. De materia ceſſionis late diſputare non eſt hujus loci: videndi *DD. ad tit. ff. & Cod. eo pertinentes. Schneid. hic. Damhoud. prax. civ. cap. Petr. Greg. 22. ſynt. 8. & aliquot ſeqq. Afflict. deciſ. 348. & ſeq. Teſſaur. deciſ. 36. & 182. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 123.* ubi plurimos citat, qui ex profeſſo hanc materiam tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum eſt, quale ſit hoc beneficium, quod competentiæ vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, ſi cognoverimus quid ſit facere poſſe, quibus rebus & unde deductis id æſtimandum, ſit ne beneficium perſonæ, an cauſæ. Facere poſſe civili ratione hic dicitur, qui de ſuo præſtare poteſt honeſte, deducto videlicet prius eo, quod illi ſatis ſit ad victum quotidianum & alimentum, *l. inter eos 19. in fin. l. cum ex cauſa 30. de re jud. l. 6 de ceſſ. bon. l. in condemnatione 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei judicatæ ſpectatur, *l. 15. ſol. matr.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, ſi ſolvendo non ſunt, in carcerem detrudi non poſſunt, aut cogi, ut bonis cedant: ſed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis perſonarum habenda; cum lautiori cibo nobilem veſci, quam ruſticum oporteat, & alius illi, quam huic cultus corporis conveniat. De quo *Tiraq. de nobilitat. cap. 20. n. 143. & ſeq. Coler. de proceſſ. p. 2. cap. 3. num. 125. & ſeqq.* Utrumque contra eſt, cum hoc beneficium ceſſat, quippe omnium actionum ſine hoc beneficio hæc conditio eſt, ut quamvis reus ſolvendo non ſit, ſolidum tamen præſtare compellatur, aut de ſuo, aut ſi id non poteſt, aliunde, unde ſolvat, ſumere, aut poſtulante creditore in carcerem ire; niſi paratus ſit bonis cedere, *l. 1. C. qui bon. ced.* Atque ut creditor parcat carceri, omne tamen quod habet, condemnato auferendum eſt, ut nihil ei, ne ad victum quidem, reliquatur: de quo vide *Chriſtin. vol. 4. deciſ. 123.*
n. 15. & ibi alleg. Hoc quod ita quemque facere poſſe 2
dicimus, aliter in donatore æſtimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno: in cæteris, etiam non deducto: pinguius enim donatori ſuccurri placuit, quam veris debitoribus, *l. ſunt, qui 16. l. inter eos 19. in pr. & §. 1 l. & exhæredatum 49. de re jud. l. 12. de donat.* Inter eos, quibus ex ſimili cauſa debetur, occupantis conditio melior; nec deducitur, quod ejuſdem conditionis hominibus debetur, *d. l. inter eos ubi vid. Don.* Denique ſi actor eadem paupertate, qua reus prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miſerationis præponderat rigor juris, magiſque debitorem, quam creditorem, egere convenit, *Zaſ. ad l. 12. & ſeqq. ſolut. matrim. num. 20. Coler. part. 2. cap. 3.*
n. 121. D. Tuld. comm. in hunc tit. cap. 19. Beneficium 3
hoc perſonale eſt; non cauſæ, ſed perſonæ cohærens: & ideo nec in hæredem tranſit, præterquam quod in actione dotis datur filius mulieri, qui patri hæredes extiterunt, *l. 12. & ſeq. l. etiam filius 18. ſolut. matr. l. 24. & ſeq. de re jud. add. Pet. Fabr. ad l. Divus 28. de reg. jur. Gomez. in l. Tauri 50. & tres ſeqq. n. 49.* Neque fidejuſſori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium proſit: quippe quum fidejuſſor totum, quod præſtitit, à reo principali repetere poſſit, *l. & ſi fidejuſſor. 24. de re judic.* Neque hoc iniquum aut abſurdum eſt: quoniam relatio, quæ eſt inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non eſt inter creditorem & fidejuſſorem, nec rurſus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor, quando fidejuſſorem, tacite exceptioni competentiæ renunciare videtur? utique enim hoc agimus fidejuſſorem accipientes, ut in omnem eventum nobis

bis cautum ſit, §. *ult. inf. de replicat.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & executi debet, quam ad fidejuſſores perveniatur: tamen quod creditor à reo conſequi non potuit, recte exiget à fidejuſſore: quoniam eodem jure non electione & litis conteſtatione, ſed demum ſolutione obligatio perimitur, *l. ultim C. de fidejuſſor. Don. ad d. l 24. de re judic. Bachov. hic fuſe Hering. de fidejuſſor. c. 27. part. 4. n. 80. & ſeqq.* Alia cauſa eſt defenſoris, cujus in omnibus rebus eadem cauſa eſſe debet, quæ domini foret, ſi cum ipſo ageretur, *l alia cauſa. 14. ſolut. matrim. l. verbum. 63. §. 1. pro ſoc. l. minor. 51. §. 1. de proc.*

TITULUS VII.

D. lib. 14. tit. 5. C. lib. 4. tit. 16.

Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt negotium geſtum eſſe dicitur.

Continuatio, & ſumma tituli.

Jure civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem qui contrahentem in poteſtate habet, §. *actiones 10. tit. præc.* Nam etſi jus poteſtatis facit, ut ſervus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant: non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut ſervi obligentur, atque alteri actio adverſus eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibusdam in caſibus prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut ſervi conveniri poſſunt. Hujus generis ſex hoc tit. proponuntur, quod juſſu, exercitoria, inſtitoria, tributoria, de peculio, de in rem verſo. Sub finem adjicitur caſus, quo ex contractu filii pater non obligatur, cum ex eadem cauſa ex contractu ſervi obligetur dominus.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

Qui tamen ſuperius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum ſervorumque agitur, opus eſt, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorundem nomine in parentes dominosve dari ſolent, diligentius admoneamus. Et quia ſive cum ſervis negotium geſtum ſit, ſive cum iis, qui in poteſtate parentum ſunt, eadem fere jura ſervantur, ne verboſa fiat diſputatio, dirigamus ſermonem in perſonam ſervi, dominique, idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in poteſtate ſunt. Nam ſi quid in his proprie ſervetur, ſeparatim oſtendemus.

COMMENTARIUS.

Superius mentionem habuimus] §. *actiones 10. præc. tit.* ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras, quæ ex conventionibus filiorum & ſervorum adverſus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat.

Fere eadem jura ſervantur] Merito adjecit particulam *fere*. Nam primum ſervi ipſi ex contractibus civiliter non obligantur, §. *item inutilis 6. ſup. de inutil. ſtip. l. 14. de obl. & act.* filii autem familias obligantur, & cum iis agi, tanquam patribusfa. poteſt, *l. filiusf. 39. d. tit.* Deinde ſervus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea cauſa patrem de peculio non obligat, propter Senatusconſultum Macedonianum, §. *pen. inf. eod.* Præterea ſi ſervus fidejuſſerit rem peculiarem non agens, ſi liberum ſe mentitus judicium acceperit, compromiſerit, jusjurandum detulerit, ex his cauſis actio de peculio in dominum non datur. Diverſum eſt in filiofamilias, *l. 3. §. filiusfam. 5. & ſeqq. l. 5. § 2. de pecul.* Poſtremo quia ſervi peculium ſimplex eſt & unius generis, totum in domini, à quo profectum eſt, poteſtate, dominus ex contractu ſervi ſine diſtinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, ſed de eo tantum, quod ipſe totum in poteſtate habet, cujusmodi hodie ſolum eſt profectitium; de quo plura ſcripſimus ad *d. §. actiones ſup. tit.* in cæteris omnibus eadem omnino jura ex negotio geſto cum ſervis & filiisf. De ſervis autem quæ tractantur, ſatis conſtat, uſum hodie non habere.

TEXTUS.

De ſervis quod juſſu.

1. Si igitur juſſu domini cum ſervo negotium geſtum erit, in ſolidum prætor adverſus dominum actionem pollicetur: ſcilicet quia is qui ita contrahit, fidem domini ſequi videtur.

COMMENTARIUS.

Si juſſu domini cum ſervo negotium geſtum eſt, merito adverſus dominum actio quod juſſu datur, atque

atque adeo in ſolidum: nam quodammodo cum eo ipſo contrahitur, qui jubet. *Ulp. in l. 1. in pr. quod juſſ.* Ait Juriſconſultus *quodammodo*: vere enim non cum domino, qui juſſit, ſed cum ſervo contrahitur: & alioqui ceſſaret actio quod juſſu: ut accidit, cum dominus ſervi tantum miniſterio utitur, ipſe autem contrahit; veluti ſi mutuam pecuniam accepturus eam ſervo numerari jubeat; quo caſu quod juſſu non competere; ſed domino condici, ſcriptum eſt in *l. ult. quod juſſ. fac. l. qui autem 14. cum l. ſeq. de pec. conſt.* Sic ibi pater in contrahendo filii nudo miniſterio utitur, ipſe ſolus, non filius obligatur, *l. 4. C. hoc tit. d. l. ult. quod juſſ.* At ſi filius juſſu patris contraxerit, uterque tenetur, pater quod juſſu, filius directo, *l. pen. eod. l. 3. §. ſed utrum 4. de minorib.* Juſſum autem domini hic accipere debemus, ſive juſſerit, ſive mandaverit, ſive ratum habuerit, aut ſervi chirographo ſubſcripſerit, *l. 1. §. 1. 3. 4. & 6. quod juſſ.*

TEXTUS.

De exercitoria & inſtitoria actione.

2. Eadem ratione prætor duas alias in ſolidum actiones pollicetur; quarum altera exercitoria, altera inſtitoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis ſervum ſuum, magiſtrum navi præpoſuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpoſitus erit, contractus fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæſtus pertinet. Inſtitoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi ſervum ſuum præpoſuerit, & quid cum eo, ejus rei cauſa, cui præpoſitus erit, contractum fuerit. Ideo autem inſtitoria appellatur; quia qui negotiationibus præponuntur, inſtitores vocantur. Iſtas tamen duas actiones prætor reddit, & ſi liberum quis hominem, aut alienum ſervum navi aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præpoſuerit; ſcilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo caſu interveniat.

NOTA.

CUM QUIS TABERNÆ] Taberna hic eſt ἐργαστήριον, ſtatio, officina. Gloſſ. juris, *taberna*, ἐργαστήριον. Hinc tabernarius *l. 5. §. 7. de inſt. act.* id eſt, ἐργαστηριάρχης. Gloſſ. Gr. Lat.

COMMENTARIUS.

1. *Cum magiſtro & inſtitore ipſo etiam directo agi poſſe: quanquam in praxi hoc non receptum.*
2. *Si plures exerceant, ſingulos in ſolidum teneri: ſed apud nos hoc non obſervari.*
3. *Exercitores non habere actionem adverſus contrahentes cum magiſtro aut inſtitore.*
4. *In contractibus cum præpoſitis ineundis diligenter obſervandam legem præpoſitionis: ubi multa notabilia.*

SI quid cum ſervo, quem dominus magiſtrum navi præpoſuit, contractum ſit ejus rei cauſa, cui præpoſitus eſt, ad eam rem actio adverſus dominum edicto prætoris conſtituta eſt, quæ exercitoria appellatur, *tit. ff. & C. de exerc. act.* Similiter ſi quid cum ſervo quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia geſtum ſit, in dominum eo nomine actionem prætor pollicetur, quæ dicitur inſtitoria, *tit. ff. & C. de inſt. act.* Illa à præponente qui exercitor dicitur, nominata eſt; hæc à præpoſito ſeu inſtitore propter commoditatem ſermonis. Utraque eandem æquitatis rationem habet, quam ſuperior illa quod juſſu, nimirum quia voluntate domini negotium geſtum, ac proinde cum eo ipſo quodammodo contractum intelligitur, *§. ult. inf. eod. l. ſi inſtitorem 29. de reb. cred.* unde merito etiam in ſolidum utraque propoſita eſt.

Ad quem quotidianus navis quæſtus] Exercitor dicitur, ad quem omnes obventiones & reditus navis pertinent, ſive is dominus navis ſit, ſive à domino navem per averſionem conduxerit, *l. 1. §. ad exercitorem 15. de exerc. act.* Magiſtrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata eſt, maxime quidem cui ab exercitore, ſed tamen etiam cui ab inſtitore, *d. l. 1. §. 1. junct. §. magiſtrum.* ubi etiam ratio hujus rei redditur.

Inſtitores vocantur] Inſtitor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus eſt, quod negotio gerendo inſtet: nec multum refert, inquit, tabernæ ſit propoſitus, an cuilibet alii negotiationi, *l. 3. de inſt. act.* puta rebus emendis, locandis, permutandis. Ut declarans exempla *l. 5. eod.* Quamvis autem procurator qui mutuis accipiendis pecuniis præpoſitus eſt, proprie inſtitor non ſit, placet tamen, adverſus eum, qui præpoſuit, utilem ad exemplum inſtitoriæ actionem dari, *l. pen. eod. l. 5. C. eod.*

Et ſi quis liberum hominem] *L. 1. §. cujus autem*

tem 4. de exert. act. l. 7. §. 1. & 2. l. 8. de inſtit. act. quibus locis traditur, nihil intereſſe cujus conditionis ſit, qui navi aut tabernæ præponitur, maſculus an fœmina; paterfam. an filiusfam. pupillus an adultus an ætate major; homo liber, an ſervus præponentis, an alienus. Ex converſo quoque parvi referre traditum eſt, quis præpoſuerit, *d. l. 1. §. parvi autem 16. d. l. 7. §. 1. l. 1 2. & ult. C. eod.* Nam & ſi is qui in poteſtate aliena eſt, ejus voluntate navem aut tabernam exerceat, quid cum eo quem magiſterio navis aut tabernæ præpoſuit, geſtum ſit, in eum, cujus in poteſtate eſt, judicium datur, *d. l. 1. §. ſi is qui 19. de exerc. act.* & ſi mulier ſit, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipſa ex contractu eorum, quos præpoſuit: nec juvabit Senatusconſulto; quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur, *d. l. 1. §. parvi autem 16. de exerc. d. l. 7. §. 1. de inſt. act. l. 4. C. eod.* nec ſunt contractus hujusmodi alieni, ſed ipſius mulieris. Græci *in B. l. 53.* οὐδὲ γὰρ ἀλλότρια εἰσι ταῦτα συναλλάγματα, ἀλλ' αὐτῆς τῆς γυναικός. Enimvero pupillus ex præpoſitione ut obligetur, neceſſaria eſt tutoris auctoritas, *d. l. 1. §. parvi autem, l. 9. de inſt. act.*

Eadem æquitatis ratio] Conditio perſonæ præpoſiti non debuit impedire humanitatem prætoris. Nam ſive ſervus ſive homo liber adminiſtrationi alicui præponatur, ſemper is, qui eum præponit, eo animo eſſe intelligitur, ut velit in ea adminiſtratione factum præpoſiti præſtare, ne contrahentes, qui præponentis magis quam præpoſiti fidem ſequuntur, decipiantur: eſtque hoc æquiſſimum, ut quorum ex contractu commoda publice percipimus, eorum quoque in eadem cauſa facta agnoſcamus, *l. 1. in pr. §. 2. & 4. de exerc. act. l. 1. de inſt. act.* quanquam ſummo jure hæ cauſæ ad actionem adverſus alium, quam cum quo revera contractum eſt acquirendam non ſufficiunt. Plane cum quæritur, adverſus quem actio detur, intereſt homo liber an ſervus ſit, cum
1 quo ut magiſtro aut inſtitore contractum eſt. Nam ſervus ex contractu civiliter non obligatur, neque judicio agi cum eo poteſt. *l. 6. C. de jud. l. 14. de obl. & act.* & ideo ſolus dominus hic conveniendus eſt actione exercitoria. Si liber ſit, uterque tenetur, & qui præpoſuit, & qui præpoſitus eſt; habetque creditor electionem, utrum cum magiſtro aut inſtitore directo agere, an cum iis, qui eos præpoſuerunt, exercitoria aut inſtitoria experiri velit, *l. 1. §. eſt autem 17. & §. pen. de exerc. act. l. 6. §. ult. naut. caup. ſtab.* Nec obſtat *l. ult. de inſt. act.* ex qua quidam adſtruxerunt, inſtitores ipſos ex negotio inſtitorio nomine geſto non teneri nec conveniri poſſe: nam, ut recte pleriq; reſpondent, non proponitur in ſpecie *d. l. ult.* inſtitor, qui cum aliquo contraxit, aut ſe inſtitorio nomine obligavit, ſed qui tantum profeſſus eſt, eſſe penes menſam præponentis certam ſummam pecuniæ: ex cujusmodi nuda ſcriptione, ad fidem menſæ proteſtandam, *om credit van de tafel te onverhouden*, mirum non eſt, ſi poſt mortem præponentis conveniri non poſſit. *Coſtal. in d. l. ult. & ad l. 1. §. eſt autem 17. de exerc. act.* Ubi tamen refert, aliud placuiſſe Curiæ Pariſienſi, eamque cenſuiſſe, inſtitores non recte conveniri ex iis contractibus, quos nomine inſtitorio inierunt, ſed in dominos actionem eſſe intendendam, niſi domini eos, qui pro ſe geſſerunt, pro inſtitoribus non haberent. Quæ ſententia etiam in praxi recepta eſt. *Chriſtin. vol. 3. dec. 33. n. 9. add. D. Coren. obſ. 26. re à ſup. ſen. Holl. jud.* unde Angelus *in l. eandem, de duobus reis*, ait, quod factores licet mille literis ſe ſcribant debitores, non propterea poſſunt conveniri, quod videntur ſcribere factorio nomine. Similia & Decius 2
conſil. 150. Si plures navem aut tabernam exerceant, placet ſingulos in ſolidum conveniri poſſe: ne in plures adverſarios diſtringatur, qui cum uno contraxerit, *l. 1. §. ult. l. 2 3. & 4. de exerc. act. l. habebat 13. §. ultim. & l. ſeq. de inſtit. act.* Sed hoc apud nos receptum non eſt, ut mercaturæ noxium: ſed ſinguli pro portionibus exercitionis tantum conveniri poſſunt *Grot. lib. 3. cap. 1. 2. de jur. bell. cap. 11 num. Grœnevv. de ll. abrog. hic.* An igitur & ex contra- 3
rio navem aut tabernam exercenti actio conſtituta eſt adverſus eos, qui cum magiſtro aut inſtitore contraxerunt? Minime. Neque enim eodem auxilio indigent, cum actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum geſtorum, cum magiſtro aut inſtitore agere poſſint, *l. 1. §. ſed ex contrario 18. de exerc. act. l. 1. de inſtit. act.* Plane, ſi ab his rem ſuam ſervare nequeant, ex æquitate illis ſuccurri ſolet etiam contra eos, qui cum magiſtro aut inſtitore contraxerunt, *d. §. ſed ex contrario. l 1. de exerc. act. l. 2. de inſt. act.* Qui autem magiſtratum aut inſtitorem in poteſtate habet, actiones ex contractibus eorum ſibi quæſitas exercet. Illud porro animadverſione dignum eſt, quod non ex omni cauſa ex contractu magiſtri aut inſtitoris obligetur, qui eos præpoſuit: ſed ex eo duntaxat negotio, quod geſtum eſt ejus rei gratia, ad quam præpoſiti ſunt, ut in hoc text. dicitur, & exemplis declaratur ab Ulpiano *in d. l. 1. §. non autem 7. & ſeqq. de exerc. act. l. 5. §. non tamen. 10. & ſeqq de inſtit. act.* Proinde in contractibus
4 cum inſtitoribus aliisve officio alicui præpoſitis ineundis lex & forma præpoſitionis diligenter obſervanda eſt, *d. l. 1. §. igitur 12. de exerc. act. l. ſed ſi 11. §. conditio 5. de inſt. act.* idque ipſum genus commiſſionis vel officii expendendum, & perſona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, *l. qui eum*

cum alto, de reg. jur. Coſtal. in l. 5. §. non tamen, de inſtit. act. Quid dicemus ſi præpoſiti mutuas pecunias ſumpſerint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita eſt. Si non habent, caute creditoribus agendum. Utique præpoſitio ad ea quoque extenditur, quæ ſæpe incidenter & per conſequentiam rei principaliter commiſſæ veniunt. Unde ſi verbi gratia navis reficienda aut inſtruenda ſit, & magiſter in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adſtringetur ad hoc, ut ipſe curam reficiendæ navis ſuſcipiat, probetve, pecuniam in refectionem erogatam eſſe, *l. 1. §. quid ſi 8. l. ult. de exerc. act.* Cæterum non alias utiliter aget, quam ſi concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in *d. l. ult. & Gloſſ & DD ibidem.* Summa eſt, ſi cum crederetur pecunia, navis in ea cauſa fuerit, ut refici deberet: ſi ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur? ſi creditor ſciverit, eum, cui credidit, magiſtrum ei navi præpoſitum: ſi non majorem ſummam crediderit, quam ad eam rem eſſet neceſſaria? poſtremo ſi in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia creditori, comparari poteſt. Eademque fere dicenda, ſi quis inſtitori pecuniam crediderit, & de actione inſtitoria adverſus dominum danda quæratur, *d. l. ult. §. ult.* eoque jure etiam hodie utimur. *Chriſtin. vol. 3. deciſ. 33. n. 2.* eleganter & practice *Io. Fab. hic, n. 8. & ſeq. Foller. ad Marant. part. 4. diſt. 22.* adde quæ nos ad *Pet. Peck in tit. rei naut. ad d. l. ult.* Moribus harum regionum, ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis, maritus obligatur, ſed & uxor quoque tenetur, uti ſæpiſſime judicatum teſtatur *Chriſtin. vol. 3. deciſ. 27.* Non idcirco tamen minus in interceſſionibus beneficio SCti utitur. *Neoſtad. obj. rei judic. 18. add. Sand. lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4. Grot. 1. intr. c. 5.* Quod autem, qui aliquam uxorem ducit, ſimul omnia ejus debita in ſe trahit, id non ideo fit, quia contractus uxoris maritum obligat, ſed quia matrimonium parit communionem totius æris alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exſolvere cogitur, alteram dimidiam tanquam adminiſtrator totius familiæ, ac proinde & negotiorum uxoris. *Gud. l. 3. cap. 11.*

TEXTUS.

De tributoria.

3. ***Introduxit & aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque ſi ſervus in peculiari merce, ſciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei cauſa contractum erit, ita prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, ſi quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione diſtribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipſi domino diſtributionem prætor permittit. Nam ſi quis ex creditoribus quæratur, quaſi minus ei tributum ſit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.***

NOTÆ.

QUIA IPSI DOMINO DISTRIBUTIONEM] Ipſe dominus tribuendi facultatem habet ex prætoris edicto. *l. ult. eod.*

QUAM OPORTUERIT] Hæc actio dolum malum coërcendum iniit, *l. 7. §. 2 eod.* id eſt, propter iniquam diſtributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Th.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic quarta actio ex contractu ſervi in dominum à prætore comparata, quæ tributoria vocatur, id eſt, diſtributoria ſive contributoria. Nam ſi quid cum ſervo in peculiari merce ſciente domino negotiante contractum ſit, jubetur dominus quod ex ea merce & quod eo nomine receptum eſt, æquabiliter inter creditores tribuere ſeu partiri, in quam partitionem & ipſa quoque, ſi quid ei debetur ſive mercis nomine ſive alia ex cauſa, admittitur, *l. 1. l. 5. §. per hanc actionem, & ſeqq. de tribut. act.* Si autem dolo malo ejus factum ſit, quo minus ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quanto minus tributum ſit, quam debuerit, præſtet. Itaque hæc actio tantum dolum malum domini coërcet, ſi videlicet malitioſe in diſtribuendo verſatus ſit, merces penes ſe retinuerit, aut ſciens prudens perire ſit paſſus. Quod ſi tribuere nolit, poteſt evitare actionem mercibus cedendo, *l. 7. §. 1. & deinceps, eod.*

Sciente domino negotietur] Dominus peculium ſervo concedens hoc ipſo etiam jus contrahendi ſervo concedere intelligitur, *l. 1. §. item acquirimus 5. de acq. poſſ.* Cæterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior eſt à ſingulis contractibus: qua de cauſa in actione de peculio æſtimatio peculii fit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus *§. ſeq.* At in caſu propoſito voluntas domini propius ad negotium accedit: exigitur enim ut ſaltem non nolit, id eſt, ſciat & patiatur ſervum in merce peculiari negotiari, *l. 1. § 1. & 2. de tribut. act.* Et ideo in actione tributoria placet, dominum privile-

gium deductionis non habere, ſed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributum vocari, *d. l. 1. in pr. Id. l. 1. §. licet autem 26. l. 6. de exerc. act.*

TEXTUS.

De peculio & de in rem verſo.

4. *Prat[er]ea introducta eſt actio de peculio, deque eo, quod in rem domini verſum erit, ut quamvis ſine voluntate domini negotium geſtum erit, tamen ſive quid in rem ejus verſum fuerit, id totum præſtare debeat; ſive quid non ſit in rem ejus verſum, id eatenus præſtare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini verſum intelligitur, quicquid neceſſario in rem ejus impenderit ſervus, veluti ſi mutuatus pecuniam creditoribus ejus ſolverit, aut ædificia ruentia fulſerit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem neceſſariam mercatus erit. Itaq; ſi ex decem puta aureis, quos ſervus tuus à Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos ſolverit, reliquos vero quinque quolibet modo conſumpſerit, pro quinque quidem in ſolidum damnari debes; pro cæteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio ſit. Ex quo ſcilicet apparet, ſi toti decem aurei in rem tuam verſi fuerint, totos decem aureos Titium conſequi poſſe. Licet enim una ſit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini verſum ſit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante diſpicere ſolet, an in rem domini verſum ſit: nec aliter ad peculii æſtimationem tranſit quam aut nihil in rem domini verſum intelligatur, aut non totum. Cum autem quæritur, quantum in peculio ſit, ante deducitur, quicquid ſervus domino, eive, qui in poteſtate ejus ſit, debet; & quod ſupereſt, id ſolum peculium intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet ſervus, qui in poteſtate domini ſit, non deducitur ex peculio, veluti ſi is in ipſius peculio ſit. Quod eo pertinet, ut ſi quid vicario ſuo ſervus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.*

NOTÆ.

4. QUAMVIS SINE VOLUNTATE] Nam ſi domini voluntate, poteſt *quod juſſu* agî, *l. 5. §. 2. de in rem. verſ.*

QUICQUID NECESSARIO] Vel utiliter, *l 5. §. 3. eod.* quod autem magis ad voluptatem pertinet, non videtur verſum. Hoc igitur dominus ſine rei detrimento patiatur auferri, *l. 3. §. 4. eod.* Locum hunc fuſe explicat Ulpianus *d. l. 3. d. l. 5. l. 7. l. 10. eod.*

LICET ENIM UNA SIT ACTIO] Hujus loci hanc eſſe ſententiam puto, non tantum ſingulis actionibus ſeparatim aut de peculio, aut de in rem verſo, agi poſſe: ſed etiam conjunctim, ut ſimul utrumque caput una formula ita, ut proponitur, in judicium deducatur. Eamque formam agendi eſſe commodiſſimam, ut mox oſtenditur. Cæterum actio de in rem verſo non minus ſola & per ſe inſtitui poteſt, quam illa de peculio, *l. 1. pr. § 1. l. 14. l. 19. in fin. de in rem verſ. § ſeq. & §. ult. inf. eod.*

DUAS HABET CONDEMNATIONES] Quando ſcil. actioni de peculio illud emblema de in rem verſo adjicitur. Altera enim ſeorſum & ſimpliciter intentata ad alteram ex eadem cauſa non datur regreſſus, arg. *l 9. §. 1. de trib. act. & §. ſeq. inf. eod.*

ANTE DEDUCITUR, &c.] Naturalia debita ſpectamus in peculii deductione, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. l. 11. §. 1. de pecul.* quemadmodum ex contrario quod dominus ſervo debet, peculium auget, *l. 17. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem de peculio, & eam de in rem verſo, non eſſe duas diſtinctas actiones.*

PRæter ſuperiores quatuor ſunt adhuc actiones duæ, edicto item prætoris ex contractibus ſervorum adverſus dominum proditæ, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verſo, & actio de peculio: quarũ illa ob commodum, quod ex contractu ſervi ad dominum pervenit, conſtituta eſt; hæc ob domini voluntatem, uti & præcedentes; quanquam non

ubi-

ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis ſunt, eundem effectum adverſus dominum habent, *l. 1. §. licet autem. 20. in fin l. 6. de exerc. act. l. 1. per tot. de tribut. act. junct. l. 1. §. item acquirimus 5. de acq. poſſ.*

Et quamvis ſine voluntate domini] Actio de peculio dicitur dari ex negotio ſine voluntate domini geſto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut ſæpe alibi diximus, qui peculium ſervo concedit, hoc ipſo ei etiam jus contrahendi tacite permittere intelligitur, per *d. l. 1. §. item acquirimus 5. de acq. poſſ.* ſed reſpectu actionum præcedentium, quæ ibi competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod juſſu. exercitoria & inſtitoria; vel præter generalem conceſſionem peculii ſaltem ſcientia domini & patientia, ut in tributoria, cum de peculio dominus obligetur, etiamſi neſciat, ſervum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam eſt, quod licet illa quod juſſu item exercitoria & inſtitoria, in ſolidum dominus teneatur, in tributoria quod ſibi debetur non deducat; de peculio tamen non teneatur, niſi pro modo peculii, & cum jure deducendi, quod ipſe ſervus debet.

Sive quid in rem ejus verſum] Dominus de eo, quod ſervus ſine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus verſum eſt, in ſolidum tenetur actione de in rem verſo; idque ſive habeat ſervus peculium, ſive non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum eſt. Nam etiam ubi ceſſat actio de peculio, de in rem verſo locum habet, *l. 1. in pr. & §. 1. de in rem verſ.*

Quicquid neceſſario in rem ejus, &c.] Oſtendit exemplis, quid quando in rem domini verſum intelligatur. Et quidem quicquid ſervus neceſſario in rem domini impendit, id omne circa controverſiam in rem ipſius verſum intelligitur, *l. 3. §. 1 l 5. l. 6. eod.* Sed tamen & quod utiliter geſſit impenditve, in eadem cauſa eſt, *l. 5. § 2 & paſſim, tit. eod.* niſi quod in non neceſſariis non amplius in rem verſum intelligatur, quam eſt verum ipſius rei pretium; cum in neceſſariis ſpectetur pretium conventum. *d. l. 5. in pr. eod.* Ut ergo generaliter dicam, toties de in rem verſo actio competit, quoties procurator mandati, aut negotiorum geſtor negotiorum geſtorum actionem habet: quotieſque ſervus ita impendit, ut dominus rem ſuam aut meliorem haberet, aut non deteriorem, *d. l. 3. §. 2.* Quod vero in voluptariam cauſam impenſum eſt, non videtur verſum: nam nec procurator hoc imputaret: & non debet dominus ex eo onerari, quod ipſe facturus non erat, *d. l. 3. §. ſed ſi mutua 4.* Plane impenſæ honeſtæ & conſuetæ dominum de in rem verſo obligat, *l. 7. §. 3. eod.*

Licet enim una ſit actio] Ita hoc loco diſputat Juſtinianus, quaſi actio de peculio & actio de in rem verſo non ſint duæ diſtinctæ actiones, ſed una tantum, quæ habeat duo capita duaſque condemnationes. Unde quidam exiſtimaverunt, actionem de in rem verſo non eſſe propriam formulam & per ſe conſtantem, ſed acceſſionem & appendicem duntaxat actionis de peculio infitiatam & exemptitiam. Proinde creditorem, qui de in rem verſo agere inſtituit, de peculio actionem poſtulare oportere, ita ut ſimul illud emblema de in rem verſo adjici poſtulet. *Hotom. Tuning. hic.* Quoniam vero actioni de peculio etiam ineſſe adjectionem de in rem verſo, nec actionē de in rem verſo per ſe exerceri, niſi cum deficit actio de peculio. *D. Cujac. hic, Duar. in tit. de in rem verſ.* Noſtri bene, meo quidem judicio. Nam ut ego exiſtimo actio de in rem verſo tam propria & per ſe conſtans formula eſt, quam ea de peculio: poteſtque non tantum cum actio de peculio deficit, ſola inſtitui, veluti cum peculium ſervo ſine dolo malo ademptum eſt, aut morte ſervi peculium extinctum, annuſque, intra quem de peculio agi poterat, finitus; quibus caſibus hæc actio etiam neceſſaria eſt: *l. 1. §. 1. l. 14. l. filiusfam. 19. in fin de in rem verſ.* ſed etiam tunc, cum ſimul de peculio competit, *§ ſeq. in fin & § ult. l 1. hoc tit. d. l. in pr.* Et cur tandem quæſo non liceat mihi, ſi velim, de in rem verſo ſeorſum agere, quamvis & de peculio experiri queam? Cum autem ſimpliciter de peculio agitur, negamus, clauſulam illam de in rem verſo de peculio actioni ineſſe aut pro adjecta haberi. Æſtimatur quidem tunc quoque quod in rem domini verſum eſt, ſed tanquam ſervo debitum, ut tanto plus in peculio eſſe cenſeatur Ut docet *d. l 1. § ult. & d l. 19.* At in condemnatione ſeorſum ejus, quod verſum eſt, ratio non habetur, ſed univerſi peculii, ſic ut de toto deducatur, quod ſervus domino debet. Quod ſecus eſt, ſi adjecta fuerit clauſula de in rem verſo, ut docemur hoc text. Et ex contrario ſi ſimpliciter de in rem verſo actum ſit, peculii nulla ratio habetur, ſed ejus tantum, quod in rem verſum eſt. Quid igitur eſt, quod Juſtinianus hic ait, unam eſſe actionem, qua de peculio, deque eo, quod in rem verſum ſit, agitur? Nimirum oſtendere voluit, non tantum ſingulis actionibus ſeparatim aut de peculio aut de in rem verſo agi poſſe, ſed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput ſimul utrumque ita, ut proponit, in judicium deducatur: eamque agendi formam eſſe commodiſſimam: propterea quod tunc utriusq; rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in ſolidum ejus, quod in rem ipſius verſum eſſe probatum fuerit; de quo non deducit, quod ſibi debet: & ſi illud non ſufficiat, tum porro damnetur, quatenus eſt in peculio, ſalvo beneficio deductionis. At ſeorſum altera intentata ad alteram

ram ex eadem cauſa regreſſus non datur. Per *l. 9. §. 1. de trib & §. ſeq. hoc tit.*

Ante deducitur quicquid ſervus domino, &c. debet] Quemadmodum quod dominus ſervo debet, peculium auget, *l. ſi ſervus 17. in fin. de pecul.* ita ex contrario quod ſervus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quaſi dominus prævenerit & cum ſervo egerit. Idemque eſt, ſi quid ſervus debeat iis, qui in poteſtate domini ſunt, quoniam hoc quoque domino debetur, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. d. tit.* Unum excipitur, ſi ſervus ordinarius quid debeat vicario ſuo, quod idem placet de peculio ordinarii non deduci, quia ut ipſe vicarius, ita & peculium ejus in peculio ordinarii eſt, *d. l. ſi ſervus.* Ordinarius vicarii veluti dominus eſt, vicarius δῦλ☉ οἰκέτυ. Gloſſ. Græc. Lat.

TEXTUS.

De concurſu dictarum actionum.

5. *Cæterum dubium non eſt, quin is quoq; qui juſſu domini contraxerit, cuique inſtitoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini verſum eſt, agere poſſit. Sed erit ſtultiſſimus, ſi omiſſa actione, qua facillime ſolidum ex contractu conſequi poſſit, ſe ad difficultatem perducat probandi, in rem domini verſum eſſe, vel habere ſervum peculium, & tantum habere, ut ſolidum ſibi ſolvi poſſit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æque de peculio, & de in rem verſo agere poteſt. Sed ſane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verſo. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non eſt. Id eſt, quod domino debetur, non deducitur, ſed ejusdem juris eſt dominus, cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur: & in id, quod reliquum eſt, creditori dominus condemnatur. Rurſus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria, ejus tantum, quo negotiatur. Et poteſt quisq; tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisq; vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui poteſt probare, in rem domini verſum eſſe, de in rem verſo agere debet.*

NOTÆ.

Domini conditio præcipua non est] In tributorio judicio non melior conditio domini, quam cæterorum creditorum, *l. 1. de tribus act.*

Ante deducitur, quod domino debetur] Nam in actione de peculio dominus habet privilegium deductionis, *d. l. 1. & §. 4. ſup. eod.*

In hac actione totius peculii] In actione de peculio totius peculii: in tributoria ejus dunraxat partis, de qua negotiatum eſt, ratio ducitur, *l. 11. de trib. act.*

Aut foenebri pecunia] Ergo locum non habet inſtitoria in fœnebri pecunia Pac.

De in rem verso agere debet] Id eſt, expedit ei potius de in rem verſo agere, quam tributoria, propter ſolidi condemnationem. Theoph.

COMMENTARIUS.

Locus hic planus eſt. Docet, ex uno eodemque negotio & contractu ſervi plures actiones concurrere & ſimul competere poſſe. Ut ecce, ſi ſervus peculium habens negotiationi alicui præpoſitus ſit, & quid in utilitatem domini verterit, locus eſt & actioni inſtitoriæ, & de peculio, & de in rem verſo. Cujus rei hæc ratio eſt, quod hæ actiones non ſunt actiones propriæ & per ſe conſtantes, ſed tantum actionis ex contractu adjectiones. Exempli gratia, ſi quid inſtitor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantum revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; ſed trifariam ex ea cauſa conveniri poteſt, ex empto inſtitoria, ex empto de peculio, ex empto de in rem verſo. Concurrunt vero hæ actiones non cumulative, ut loquuntur, ut pluribus vel ſimul vel ſucceſſive uti liceat, ſed elective, ut liceat unam eligere experiundi gratia: una autem electa ſeu in judicium

dicium deducta aliæ conſumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio deſcendunt, *l. 9. §. 1. de tribut. act. l. 4. ult. hoc tit.* Plane de peculio deque eo, quod in rem verſum eſt, ſimul agi poteſt, ſed una judicii formula caput utrumque complectente, ut ſuperius dictum eſt.

Sed erit ſtultiſſimus] Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis ſunt uberiores aut commodiores, monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, ſimul eum docens, quænam illæ ſint, quibus plenius aut facilius ſuum conſequi poſſit: quod lectione, non interpretatione indiget.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

6. Quæ diximus de ſervo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in poteſtate ſunt.

COMMENTARIUS.

Hoc idem in principio hujus tit. monuit, promittens, ſi quid proprie in patre & filio obſervaretur, id ſeparatim ſe indicaturum; cujus rei unum exemplum mox §. *ſeq* adducit: nos plura ejusmodi notavimus ad *d. pr.*

TEXTUS.

De SenatusConſ. Macedoniano.

7. Illud proprie ſervatur in eorum perſona, quod Senatusconſultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in poteſtate parentis ſunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adverſus ipſum filium filiamve, nepotem, neptemve, (ſive adhuc in poteſtate ſint, ſive morte parentis, vel emancipatione ſuæ poteſtatis eſſe cœperint) quam adverſus patrem avumve, ſive eos habeat adhuc in poteſtate, ſive emancipaverit. Quæ ideo Senatus proſpexit, quia ſæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant, vitæ parentum inſidiabantur.

COMMENTARIUS.

1. *Scopus Senatusconſulti. An hodieq; ei ſua vis conſtet. An ei filius renuntiare poſſit. An in foro animæ ſe ejus auxilio teneri.*

Filiusfam. ex contractu ſuo & ipſe obligatur, *l. filiusfam. 39. de obl. & act.* & patrem obligat de peculio, § *actiones 10. ſup. de actionibus, l. 3. § filiusfam. & deinceps, de pecul.* Una tantum cauſa excipitur, ex qua placet nec ipſum nec patrem ejus obligari, nempe ſi pecuniam mutuam acceperit: quod effectum eſt Senatusconſulto Macedoniano; cujus ſententiam breviter hic complectitur Juſtinianus.

Senatusconſultum Macedonianum prohibuit] Hoc Senatusconſultum auctoritate Veſpaſiani factum refert Suetonius in ejus vita *cap. 11. Auctor,* inquit: *Senatus fuit Veſpaſianus decernendi, ne filiorumfam fœneratoribus exigendi crediti jus unquam eſſet, hoc eſt, ne poſt patris quoque eorum mortem.* Tacitus autem *lib. 11. annal.* id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coërcuiſſe ſævitiam creditorum, nec in mortem parentum pecunias filiisfam. fœnori darent.

Mutuas pecunias dari] Duo hîc notanda. Primum eum ſolum contra Senatusconſultum facere, qui mutuum filiofam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit; modo ne quid factum ſit in fraudem Senatusconſulti, *l. 3. § is autem 3. de Senatusc. Mac.* Deinde ſolam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconſulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiofa. mutuo dari, niſi & in his fraus Senatusconſulto quæratur, *l. 7. §. mutui 3. d. tit.* Illud non refert, utrum pecunia ſub uſuris mutuo data ſit, an ſine uſuris, *d. l. 7. § ſive autem 9.* quamvis ſenatus præcipue prohibeat filiisfa. fœnerari, *l. 1. d. tit. l. 3. C. eod.* Plane ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatusconſulti auctoritas, quæ filiofa. ſtudiorum vel legationis cauſa alibi diligenti ad neceſſarios ſumptus ſuppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, *d. l. 7. §. quod dicitur 13. l. 5. C. eod* Et in univerſum ceſſat Senatusconſultum, ſi pecunia in rem patris verſa; *d. l. 7. §. proinde 12.* aut voluntate patris credita ſit, *d. l. 7. §. interdum 11. l. 12. eod. l. 2. l. ult. C. eod.*

Qui in poteſtate parentis] Sine diſcrimine ſexus aut gradus, *l. 9. §. 2. l. 14. eod.* nec refert, frugi ſit filiusfam. an non; magiſtratus, an privatus: niſi caſtrenſe aut quaſi caſtrenſe peculium habeat; ad cujus quantitatem placet ceſſare Senatusconſultum; quia in eo vice patrisfam. fungitur, *l. 1. § ult. l. 2. eod.* In filiofam, ſub armata militia militante in totum ceſſat, *l. ult. §. ult. C. ad ſenat. Maced.*

Denegatur actio] Nempe ſi contra Senatusconſultum factum eſſe appareat. Quod ſi de eo ambigatur

garur, exceptio adverſus actionem dabitur, *l. 1. de Se-natusc. Mac. junct. l. 9. de jurej.* quæ eſt illa à Juriſconſultis toties uſurpata exceptio Senatusconſulti Macedoniani.

Vel emancipatione ſua poteſtatis eſſe cœperint] Cum ſcilicet pecunias mutuati eſſent, quo tempore adhuc in poteſtate erant. Nam vetat Senatusconſultum pecuniam credi filiofam. cæteriſque liberis, qui in poteſtate ſunt, *hoc text. d. l. 1 l 14. eod.* non vetat credi jam emancipatis aut aliter ſui-juris vivo adhuc patre effectis, *l. 3. §. ult. eod.*

Quæ ideo Senatus proſpexit]. Non ſine gravi cauſa Senatus cavit, ne cui qui filiofam. mutuam pecuni-
1 am dediſſet, actio petitiove daretur. Nam hoc modo dum creditores à datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei & occaſio contrahendi æs alienum, quo cum opprimi cœperunt, verendum ampliſſimus ordo exiſtimavit, ne ad prematurum atque improbum ſucceſſionis & mortis paternæ votum impellantur, *d. l. 1. & hæc text.* Simile eſt apud Ciceronem in defenſione Sexti Roſcii. D. Tuldenus in *comm. ad hunc tit. cap. ult.* quærit, & de eo aliquando dubitatum ſcribit, an etiam hodie ſecundum mores harum regionum vis ſua Senatusconſulto conſtet. Et putat conſtare, ſed certis tantum caſibus, quoties ſcilicet creditor ſciens in luxum pecuniam dedit, aut ea lege, ut poſt mortem patris redderetur cum fœnore. Extra hos caſus, qui perpetuam æquitatis rationem habeant, Senatusconſultum manſuetudini morum & humanitati noſtrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum eſt, an filiusfam. ſe hujus Senatusconſulti auxilio tueri poſſit in foro conſcientiæ. Wameſius *cent. civ. 2. conſ. 99.* Tuldenus ad *tit. C. ad Senatusc. Mac. n. 4.* reſpondent, in judicio animæ filiumfam. utentem exceptione Senatusconſulti tutum non eſſe, niſi creditor ipſi pecunias ad profuſionem & luxum ſciens ſubminiſtraverit. Ad quem ferme modum & *Covar. ad cap. quamvis, de reg. jur. in 6. p. 2. §. 3. n. 5.* qui illud quoque ibidem quærit, an filiusfam. exceptioni Senatusconſulti renuntiare valeat. Et recte cum DD. comm. concludit, non poſſe. Quid ſi renuntiatio juramento corroborata ſit? Putat idem Covar. *eod. loc.* tunc validam eſſe renuntiationem. Sed hoc vix eſt, ut ex ratione juris civilis defendi poſſit. Unus Zaſius *lib. 2. ſi reſp. c. 28.* etiam injuratam renuntiationem valere cenſuit; non utique ut filius renuntiatione ſua patri præjudicet, ſed ſibi. Quam ſententiam judicio ſupremi Senatus Mechlinienſis comprobatam refert *Chriſtin. vol. 3. deciſ. 35. num. 10.*

TEXTUS.

De actione directa in patrem vel filium.

8. Illud in ſumma admonendi ſumus, id quod juſſu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus verſum erit, directo quoque poſſe à patre dominove condici, tanquam ſi principaliter cum ipſo negotium geſtum eſſet. Et quoque, qui exercitoria vel inſtitoria actione tenetur, directo poſſe condici placet, quia hujus quoque juſſu contractum intelligitur.

COMMENTARIUS.

Cui quod juſſu vel de in rem verſo, item cui exercitoria vel inſtitoria competit, is etiam directo patri & domino condicere poteſt, *l. ſi inſtitorem 29. de reb. cred. l. ſi quis. 17. §. ult. de inſt. act. l. ult. pro ſoc.* Quod ego prudentum auctoritate introductum arbitror, qui poſtquam à prætore obliqua agendi ratio conſtituta eſſet, etiam directam admiſerint, hoc eo loco, quaſi cum ipſo patre aut domino res geſta ſit, *hoc text. & d. ll.* Hodie obliquæ iſtæ actiones, ſeu potius actionum adjectiones; quod juſſu, tributoria, de peculio, de in rem verſo, uſum non habent: quoniam neque ſervos ullos habemus, neque liberi noſtri eo jure apud nos ſunt; quo apud veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractus inſtitorum noſtrorum aut alias præpoſitorum, ſive liberi noſtri ſint ſive extranei, ſed ſoli & directo, ſicut ſupra quoque monuimus: ut proinde nec exercitoria nec inſtitoria in uſu amplius ſit; quamvis nomina adhuc frequententur: ut merito hunc Titulum magna parte contrarium moribus noſtris notet *Chriſtin. vol. 3. deciſ. 34. poſt Bernard. Autum. in collat. jur. Gallici cum Rom. C. hoc tit.*

TITULUS VIII.

D. lib. 9. tit. 4. C. lib. 3. tit. 41.

De noxalibus actionibus.

Continuatio.

Superiore titulo actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex ſervorum contractibus: nunc agitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam ſervi non ſo-

ſolum contrahendo dominos obligant; ſed etiam delinquendo. Ex delictis privatis (publica enim huc non pertinent) duplex actio eſt: nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi poteſt, & civiliter, *l. ult. de del. priv. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Criminaliter ex delicto ſervi cum domino non agitur, ſed in ipſum ſervum eumque ſolum accuſatio & vindicta criminis dirigitur: niſi forte jubente domino deliquit; quo caſu etiam dominus tenetur, ſed ex delicto proprio, ut quilibet alius, cujus mandato flagitium aliquod perpetratum eſt, uti notatum ſup. ad §. *illud 7. de mand.* Civiliter vero ſeu pecuniarie cum ſolo domino agi poteſt: & ſiquidem juſſit dominus ſervum delinquere, aut cum prohibere poſſet non prohibuit, in ſolidum obligatur, perinde ac ſi ipſe deliquiſſet: ſi vero ignoravit, aut cum ſciret, prohibuit, ſed fruſtra, noxalis actio in eum datur; cujus hæc vis eſt, ut ſi damnatus fuerit, liceat ei deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æſtimationem, *l. 1. cum 3. ſeqq. hoc tit.* De peculio ex delictis prodita non eſt, ſicut nec ex contractibus noxalis, *d. l. 1. l. ex pœnalibus 58. de reg. jur.*

TEXTUS.

De ſervis. Summa.

Ex maleficiis ſervorum, veluti ſi furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiſerint; noxales actiones proditæ ſunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æſtimationem ſufferre, aut ipſum hominem noxæ dedere.

COMMENTARIUS.

EX *maleficiis*] Nomine maleficii & quaſi maleficium hic accipiemus, quemadmodum ſupra contractus appellatione & quaſi-contractus continetur.

Veluti ſi furtum fecerint] Noxales actiones appellantur, quæ non ex contractu, ſed ex noxa atque maleficio ſervorum adverſus dominos inſtituuntur, *l. 1. hoc tit.* veluti ſi furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantum cauſa quatuor iſtæ delictorum ſpecies nominantur. Plane delicta ſeu noxas accipere debemus privatas; nam ad eas noxas, quæ publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinet, *l. quid ſit. 17. §. noxas 18. de ædil. edict. l. hac ſtipulatio 200. de verb. ſign.* Hinc autem apparet, actiones noxales non eſſe proprias & per ſe conſiſtentes actiones, ſed actionum ex delicto adjectiones, ſicut actio de peculio adjectio eſt actionis ex contractu.

Aut litis æſtimationem] Sola litis æſtimatio in obligatione eſt: nam noxæ dedendi poteſtatem dominus à lege accipit, *l. 6. §. 1. de re jud.* unde intelligimus, non eſſe neceſſarium ut in judicio noxali aut actor disjunctive petat, aut judex disjunctive ſententiam pronuntiet; quamvis ita & pronuntiare uſitatum, *§. 1. inf. de off. jud.* & peti conſultum; ne, dum ſimpliciter litis æſtimationem petimus, videamur arguere ſcientiam domini, & male agere.

TEXTUS.

Quid ſit noxa & noxia.

1. *Noxa autem eſt ipſum corpus, quod nocuit, id eſt, ſervus: noxia ipſum maleficium, veluti furtum, rapina, damnum, injuria.*

COMMENTARIUS.

NOn omnino abs re eſt, ut plerique clamitant, quod hic tradit Juſtinianus, vocabulo *noxa* ſignificari auctorem maleficii ſervum. Nam etſi paſſim non minus noxa, quam noxia, pro ipſo maleficio uſurpatur; *l. 1. l. 2. §. 1. l. ſi quis. 14. de nox act. l. ſi quid ſit. 17. §. noxas. 18. de ædil. edict. cum ſimil.* negari tamen non poteſt, quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipſum ſervum, qui deliquit, intelligant: veluti cum dicunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l. item veniunt. 20. §. item 5. de hær. pet. l. 6. §. 1. de re jud.* item *noxam dedere l. 1. in fin. pr. de his qui dejec §. 1. inf. de off jud.* Neque enim aliud eſt noxam dedere, quam dedere ſervum noxioſum. Servius ad illud Virgilii *1. Æneid. Unius ob noxam, &c. Quidam noxa, quæ nocuit, noxia, id quod nocitum accipiunt.* Plane cum dicunt noxæ dedere, noxa maleficium ſignificat: eſt enim imperfecta illa locutio, & vetuſta conſuetudine ſubaudiendum *nomine*, ut *noxæ* ſit genitivi caſus: eadem forma dicimus, cavere damni infecti, ſatis legatorum deſiderare, *l. 3. §. 2. ut in poſſ. leg. &c.* niſi noxam pro pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quod, dedere pro pœnâ noxæ, nam & in noxam, & ad noxam, dedere legimus, *l. 1. §. cum arietes 11. ſi quadr. paup. fec. l. ſi in re. 19. §. ult. hoc tit.* & veteres gloſſæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur ἔκδοτον εἰς κόλασιν, teſte Salmaſ. *lib. de mod. uſur. pag 888.*

TEXTUS.

Ratio harum actionum.

2. *Summa autem ratione permiſſum eſt,*

eſt, noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipſorum corpora dominus damnoſam eſſe.

COMMENTARIUS.

SIcut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum paſſus eſt, nulla ex parte ſatisfieri: ita & iniquum viſum, dominum ex maleficio ſervi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat, *l. 2. in pr. hoc tit.*

TEXTUS.

Effectus noxæ deditionis.

3. *Dominus, noxali judicio ſervi ſui nomine conventus, ſervum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus ſervi dominium à domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus eſt ſervus, reſarcierit quæſita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.*

NOTA.

3. INVITO DOMINO MANUMITTETUR] Singularis modus adipiſcendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinianus *apud Ruſin. tit. de atroc. injur.*

COMMENTARIUS.

DOminus ſervum noxæ dedendo liberatur ab æſtimatione litis, ſervique dediti dominium in perpetuum ab eo diſcedit; quamvis non ſtatim pleno jure migret in eum, cui deditus eſt: nam noxæ deditio Quiritatium dominium non transfert, ſed bonitarium tantum hoc eſt, facit, ut deditus in bonis eſſe incipiat, cui deditur, *l. electio. 26. §. ult. hoc tit. l. 2. in fin. ſi ex nox. ca. ag.* Sed hac diſtinctione non amplius utimur, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Sin autem damnum] Singularis modus adipiſcendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem conſequi non poteſt, quantamcumque pecuniam offerat: in propoſito tamen placuit, eum poſſe, ſervumque noxæ deditum, ſi quæſita aliunde pecunia damnum ſarcierit, auxilio prætoris, invito domino, cui deditus eſt, manumitti. Cujus ego rei hanc eſſe rationem puto, quod cauſa ſervitutis apud hunc dominum eſt damnum, quod ei datum eſt: quæ cauſa cum ceſſet oblata damni æſtimatione, ceſſare etiam debet effectus.

TEXTUS.

De origine harum actionum.

4. *Sunt autem conſtitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto prætoris. Legibus, veluti furti ex lege 12. Tabularum, damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.*

COMMENTARIUS.

HIc locus confirmat, quod ſupra diximus, actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre ſpecie, ſed tantum qualitate adjectitia, cujus is effectus eſt, ut ſervum noxæ dedere liceat:

Veluti furti] Intellige nec manifeſti in duplum. Nam furti manifeſti actio non legitima, ſed honoraria eſt, *inf. de perp. & temp. act. circa fin. pr. Accurſ. Contius, Cujac.*

TEXTUS.

Qui conveniuntur noxali actione.

5. *Omnis autem noxalis actio caput ſequitur. Nam ſi ſervus tuus noxam commiſerit quamdiu in tua poteſtate ſit, tecum actio eſt. Si autem in alterius poteſtatem pervenerit, cum illo incipit actio eſſe. At ſi manumiſſus fuerit, directo ipſe tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverſo quoque directa actio noxalis eſſe incipit. Nam ſi liber homo noxiam commiſerit, & is ſervus tuus eſſe cœperit, (quod quibusdam caſibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum eſſe noxalis actio, quæ ante directa fuiſſet.*

COMMENTARIUS.

1. *Cum ſervus ex contractu ne quidem poſt manumiſſionem conveniri queat, cur placeat, eum manumiſſum ex delicto directa actione teneri.*

NOxalis actio caput ſequitur] Iisdem verbis hæc regula effertur in *l. qui ex pluribus 20. hoc tit.* Plerumque autem dicitur, *Noxa caput ſequitur l. ult. eod. l. 1. C. eod. l. ſi mihi 21. in fin. commod. l. 1.*

§. ſi

§ *ſi apud 18. depoſ. l. 1. in fin. de priv. del. l. quod dicitur 18. de furt. l. 4. C. an ſerv. pro ſuo fact.* Id eſt, noxa aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ ſervum, quocumque eat & ad quemcunque perveniat. Unde in venditionibus ſervorum hæc clauſula adjici ſolita *ſervos noxis ſolutos eſſe l. 1. §. 1. & paſſ. de ædil. ed.* hoc eſt, in ea cauſa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri poſſit.

Si manumiſſus fuerit] Huic etiam caſui accommodatur regula, *Noxa caput ſequitur l. 1. §. ſi apud 18. depoſ. l. 4. C. an ſerv. pro ſuo fact.* Cæterum quia manumiſſus ipſo judicio conveniri poteſt, ceſſat actio noxalis, & cum eo directo agitur, perinde ac ſi, quo tempore deliquit, liber fuiſſet, *l. quod ab alio 15. de cond. furt. d. l. 4. C. an ſerv. pro ſuo fact.* At enim cùm ſervus ex contractu ſervitutis tempore inito ne quidem poſt manumiſſionem conveniri queat; *l. 1. l. 2. & 5. C. de tit excepto caſu ſpeciali l. 5. C eod.* cur placet, ex delicto tempore ſervitutis commiſſo manumiſſum directe conveniri? Non ſane quia obligatio ex delicto, quæ ante naturalis erat, poſt manumiſſionem incipit eſſe civilis; ut putant D. Hotomann. & Tuning. nam & ex contractibus ſervi naturaliter obligantur, *l. 14. de obl. & act.* Sed quia delicta domino ignorante & nolente committuntur, atque in invitos & ignotantes, ut proinde hinc nata obligatio perſonæ ipſius ſervi plane inhæreat, ſervumque æque ac liberum pœnæ ſubjiciat, quæ etiam ipſi ſervo irrogatur, cum de coërcitione corporali quæritur. Tantum obſtat conditio ſervi, quominus pecuniario & civili judicio cum eo agi poſſit; quod obſtaculum manumiſſione removetur. Contractuum vero diſſimilis ratio eſt. Nam ſervus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui dominus peculium concedendo etiam jus contrahendi tacite concedit, ut qui cum ſervo contrahit, non tam ſervi, cum quo ſcit nullam ſibi actionem eſſe poſſe, quam domini perſonam ſpectare videatur.

Si liber homo] Hoc exemplum ſuperiori contrarium eſt: nam ut illic actio noxalis ex poſtfacto incipit eſſe directa; ita hic directa fit ex poſtfacto noxalis. Nimirum ſemper actiones ex delicto venientes cum capite ambulant, *l. 7. §. 1. de cap min. l. 2. in fin. de priv. del.*

TEXTUS.

Si ſervus Domino noxiam commiſerit, vel contra.

6. *Si ſervus domino noxiam commiſerit, actio nulla naſcitur. Namque inter dominum & eum, qui in poteſtate eius, nulla obligatio naſci poteſt. Itaq; ſi in alienam poteſtatem ſervus pervenerit, aut manumiſſus fuerit, neque cum ipſo, neque cum eo, cujus nunc in poteſtate ſit, agi poteſt, unde ſi alienus ſervus tibi noxiam commiſerit, & is poſtea in poteſtate tua eſſe cœperit, interdicitur actio: quia in eum caſum deducta ſit, in quo conſiſtere non potuit. Ideoque licet exierit de tua poteſtate, agere non potes: quemadmodum ſi dominus in ſervum ſuum aliquid commiſerit, nec ſi manumiſſus aut alienatus fuerit ſervus, ullam actionem contra dominum habere poteſt.*

COMMENTARIUS.

Quod dictum eſt, ex maleficiis ſervorum noxales actiones proditas eſſe, noxamque ſequi caput nocentis, eumque manumiſſum quoque teneri. id ita ſe habet, ſi ſervus extraneo noxiam commiſerit, ſecus autem ſi domino: nam hic jus poteſtatis facit, ut nulla ab initio naſcatur actio, *l. 1. C. hoc tit. l. ult. C. an ſerv. pro ſuo fact.* ubi facere Diocletianus & Maximianus jubent, dominum ſervum domi convenire, id eſt, verberibus caſtigare.

Et ideo ſi in alienam poteſtatem] Conſectarium ex præcedenti. Nam ex eo, quod ob noxam à ſervo in dominum commiſſum nulla actio naſcitur, hoc neceſſario ſequitur. Neque enim poteſt actio, quæ nata non eſt, ſervum auctorem noxæ ſequi, aut poſt ejus alienationem vel manumiſſionem demum naſci, *d. l. ult. C. an ſerv. pro ſuo fact. d. l. 1. C. hoc tit. l. quod dicitur 18. d. furt.*

Unde ſi alienus ſervus] *L. ſi alienus 37. hoc tit. d. l. ult. C. an ſerv. pro ſuo fact.* Regula de extinctione obligationis poſtquam in eum caſum recidit, à quo incipere non poteſt, à me expoſita eſt ad §. *ex contrario 14. ſup. de legat.*

Interdicitur actio] Legendum haud dubie *intercidit*, cum Ruſſardo Curacio, & Hotomanno. Theophilus reddidit ἀποσβέννυται, id eſt, *extinguitur*: quo verbo in eadem re utitur Triphonin. *d. l ſi alienus 37. hoc tit.*

Licet exierit de poteſtate] Quoniam actio ſemel extincta non reſtauratur, *d. l. ult. & d. l. alienus l. qui res 97. §. aream 8. de ſolut.*

Si dominus in ſervum ſuum] Hoc eandem rationem habet: quia ſcilicet nulla ex ipſo facto nata fuit actio.

TEXTUS.

De filiisfam.

7. *Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum maſculis & fœminis admiſere: nova autem hominum converſatio hujusmodi aſperitatem recte reſpuendam eſſe exiſtimavit, & ab uſu communi hoc penitus receſſit. Quis enim patiatur, filium ſuum; & maxime filiam, in noxam alii dari, ut pene per filii corpus pater magis, quam filius periclitetur: cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludat. Et ideo placuit, in ſervos tantummodo noxales actiones eſſe proponendas; quum apud veteres legum commentatores invenerimus ſæpius dictum, ipſos filiosfamiliar. pro ſuis delictis poſſe conveniri.*

NOTÆ.

7. IN NOXAM ALII DARI, UT PENE PER FILII CORPUS] Cujac. ex *lib. vet. dare, ut pene per corpus pater magis*, &c. quomodo & Th. legiſſe videtur.

PRO SUIS DELICTIS CONVENIRI] Etiam pecuniarie, *dd. ll.* Quin in patrem etiam poſt condemnationem actio judicati de peculio datur: *l. 3. §. 11. de pec.*

COMMENTARIUS.

APud veteres non minus filiorum filiarumque familias noxæ deditio, quam ſervorum permittebatur: nam patri non minor in liberos, quam domino in ſervos poteſtas erat. Sed poſtea illud diſplicuit, diu tamen ante tempora Juſtiniani, ut alibi probavimus, *l. 33. & ſeqq. h. t. l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 5. §. pen. de obl. & act. Paul. 2. ſent. 31. Papin. apud leg. Moſ. & Rom. pariatorem tit. 2.* Rationes diſplicentiæ variæ hic afferuntur. Prima ſumitur à miſeratione liberorum, qui ita in ſervitutem alii tradebantur; cui adjungitur alia à favore pudicitiæ, tangens præcipue ſexum fœmineum. Tertia ducitur à miſeratione patris: quo facit *l. 8. in fin. quod met. ca.* Chryſoſt. *hom. 29. in Geneſ. 29.* ἴστε πῶς πολλάκις ηὔξαντο πατέρες ὑπὲρ παίδων τιμωρίαν ὑπέχειν, &c. *Scitis ſæpe patres optare pœnam pro liberis ſuſtinere.* Poſtrema ex eo, quod ipſi liberi ex delictis ſuis pecuniarie quoque conveniri poſſint: qui ſi condemnati fuerint, judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque poſt condemnationem actio judicati de peculio datur, *l. 3. §. idem ſcribit 11. de pecul. l. etſi 35. de pecul.* Actionum noxalium hodie nullus uſus eſt, quoniam ſervos non habemus.

TITULUS IX.

D. lib. 9. tit. 1.

Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.

Nexus.

IN numero actionum noxalium eſt & actio de pauperie: nam quemadmodum ſuperiores ob noxam ſervi, ita hæc ob noxam animalis in dominum datur, ut aut damnum ſarciat, aut corpus, quod nocuit, noxæ dedat.

TEXTUS.

De actione, ſi quadrupes ex L. XII. Tab.

Animalium nomine, quæ ratione carent, ſi qua laſcivia, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege 12. Tabb. prodita eſt: quæ animalia ſi noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex Tabularum ſcripta eſt, ut puta, ſi equus calcitroſus calce percuſſerit, aut bos, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum ſi genitalis ſit feritas, ceſſat actio. Denique ſi urſus fugerit à domino, & ſic nocuerit non poteſt quondam dominus conveniri, quia deſiit dominus eſſe, ubi fera evaſit. Pauperies autem eſt damnum ſine injuria facientis datum. Nec enim poteſt animal injuriam feciſſe dici, quod ſenſu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.

NOTÆ.

NOTÆ.

Aut feritate] Non naturali, ſed qua contra naturam generis ſui animal motum pauperiem dedit, *l. 1. §. 7. hoc tit.* ἐξίστηκε τῆς φύσεως, Ariſt. 7. *Eth.* 7.

Ita lex xii. tab. scripta] *d. l. 1. in pr.* Legis etiam Soloniæ de pauperie meminit Plutarch. in Solon. vide & Levit. 21. verſ. 28. & ſeqq. Plat. 11. *de legib.*

Contra naturam moventur] Quod ſi culpa aut inſtigatu hominis fera damnum dederit, damni injuriæ agetur, *d. l. 1. §. 4. & 3. ſeqq.*

Si genitalis sit feritas] Id eſt, genuina & naturalis, *d. l. 1. §. 10.*

Commentarius.

Animalium nomine] In *rubr. hic & in pr.* quadrupedum tantum mentio fit. Nimirum lex 12. tabb. nominatim de quadrupedibus ſcripta fuit, quæ feræ ſolæ nocere ſolent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etſi non quadrupes, ſed aliud animal pauperiem fecit, *l. 4. hoc tit.* Porro quadrupedum quædam ſunt pecudes, nimirum quæ gregatim paſcuntur, quædam non pecudes, *§ 1 & §. capite 13. ſup. de leg. Aquil.* Rurſus non pecudum, quædam ſunt cicures, manſuetæ, domeſticæ, ut canes, feles, *l. 2. §. 2. ad leg. Aq.* quædam feræ beſtiæ, in quibus genitalis eſt feritas, ut ur ſi, apri, leones, *l. 1. § in beſtiis 10. hoc tit. d. l. 2. §. 2. ad leg. Aq.* Ad ſolas autem pecudes, aut utique ad quadrupedes manſuetas autem hæc actio pertinet. De feris tamen beſtiis utilis datur, *§. 1. inf. eod.*

Aut pavore] Alias *fervore.* Theophil. κατὰ θερμότητα.

Aut feritate] Non naturali, ſed qua contra naturam generis ſui mota damnum dederunt: nam motus in animali non niſi qui contra naturam eſt, huic actioni locum facit, ut mox ſequitur.

Noxalis actio] Id eſt, ita de pauperie, ut, ſiquidem is, cum quo agitur, damni æſtimationem præſtare velit, animal retinere poſſit; ſi vero noxæ dedere malit, liberetur, *l. 1. eod.*

Quia ita l. 12. tab ſcripta] Et ideo ita ſcripta; quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipſorum dominis damnoſam eſſe, *arg. §. 2. tit. prec.* Sane ex cauſa etiam gravius coërceri dominus poterit, velut ſi ſciens vitium animalis, id paſſus ſit vagari ſine cuſtode.

Quæ contra naturam moventur] Id eſt, contra naturalem manſuetudinem omnium ejus generis animalium, & quaſi ex contracto quodam vitio, ut exempla equi calcitroſi, & bovis cornu petere ſoliti oſtendunt: alioqui culpâ aut inſtigatu hominis damnum datum, credendum eſt, & lege Aquilia vel in factum agendum, *l. 1. §. itaque 4. cum 3. §§. ſeqq. hoc tit.*

Si genitalis ſit feritas] Id eſt, nativa Gell. *lib. 4. cap. 1. Ajunt Tribatium ex edicto appoſuiſſe, ſi ea mulier à principio genitali in ſterilitate eſſet.* Et igitur actio de pauperie ob damnum à feris beſtiis illatum non conceditur, *l. 1. §. in beſtiis 10. h. t.*

Denique ſi urſus fugerit] Si vera nocuit, poſtquam fugiſſet, ideo de pauperie non competit, quia nullius erat, cum damnum daret: Idem eſt, ſi fugerit, poſtquam nocuiſſet; quia inſtar ſervi manumiſſi eſt, nec dedi quæ evaſit, fera poteſt. Sed & ſi adhuc in poteſtate ſit, tamen de pauperie in dominum non datur; quia ceſſat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, *l. 1. §. in beſtiis 10. hoc tit.* Cæterum poſtremo hoc caſu, & ſi non directa, utilis tamen de pauperie competit, *§. 1. inf. eod.*

Quod ſenſu caret] Id eſt, non ſentit aut intelligit ſe delinquere, quod rationis uſu caret. Nam ſenſum utrique & animam ſentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici poſſunt, eo ſcilicet ſenſu, quo & jure uti dicuntur, *ſup. de jur. nat. gent. & civ.* Unde ſi arietes commiſerunt, & alter alterum occidit, inter provocantem ceu injuriam inferentem, & provocatum ceu injuriam illatam repellentem, diſtinguitur, *l. 1. §. cum arietes 11. hoc tit. vid. Grot. 1. de jur. bell. c. 2. n. 3.*

TEXTUS.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

1. *Cæterum ſciendum eſt, ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, urſum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: & ſi adverſus ea factum erit, & nocitum libero homini eſſe dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur: Cæterarum vero rerum, quanti damnum datum ſit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præſertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam conſumet.*

NOTÆ.

Ursum, leonem] Aliave id genus animalia, quæ noceant, *l. 41. d. t.*

Et de pauperie] Utilis ſcilicet ut ſupra dixi-

 mus

mus: Utilis item datur, cum non quadrupes, ſed aliud animal damnum dedit, *l. pen. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat: & quadam uſu nunc recepta.*

EDicto ædilitio vetitum eſt, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal, quod nocere ſolet, habere, qua vulgo iter fit, *l. hi enim 40. § 1. cum 2. ll. ſeqq. de ædil. edict.* ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini] Ob vulnus ab animali nocere ſolito in via publica homini libero inflictum actio ex edicto in bonum & æquum conceditur, *l qua vulgo. 41. d. tit.* ſcilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus æſtimationem non recipiat: ſed impenſarum in curationem factarum. & operarum amiſſarum, quasque amiſſurus qui eſſet inutilis factus, *l. 3. hoc tit.* Quod ſi liber homo ex ea re periit, ducentorum ſolidorum judicium datur, *d. l. qua vulgo.*

Cæterarum rerum, quanti damnum datum dupli] Ob damnum à fera beſtia aut vitioſo animali aliter, quam homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, *d. l. qua vulgo.*

Et de pauperie competit] Utilis ſcilicet. Nam ut ante dictum eſt, directa non competit de damno dato à fera beſtia: ſed nec utilis tunc aliter locum habet, quam ſi fera, quæ nocuit, adhuc in poteſtate ſit. An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat, dubitatum eſt, propterea quod Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit, auctore Plutarcho; & ſimiliter Plato *lib. 11. de legib.* Veriſimile autem eſt, decemviros à legibus Athenienſium ſuam ſumpſiſſe. Quod ego in medio relinquo: quoniam effectu juris nihil intereſt, utilem an directam competere dicamus, ut in ſpecie *l. 2. §. 1. hoc tit.* Si pecus ſecundum naturam ſuam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depaſtum ſit, non agitur de pauperie, ſed propria actione de paſtu pecoris quæ & ipſa noxalis eſt, & ſimul cum de pauperie prodita lege 12. tab. *Paul 1. ſent. 15. l. qui ſervandarum 14. §. ult. de præſcr. verb.* Hodie noxæ deditio non uſurpatur, ſed damnum datum æſtimatur arbitrio judicis. *Weſemb. par. hoc tit. n. 6. Buſius. l. 1. §. plano 11. ff. hoc tit.* Grotius tamen *lib. 3. introd. cap. 38.* ſimpliciter jus Romanum refert, quaſi noxæ deditio etiamnum poſita ſit in arbitrio domini: quod & Croënevv: *de ll. abrog hic* affirmat. Invaluit quoque, contra jus civile Rom. *l. Quintus 39. §. 1 ad l. Aq.* ut pecus in alieno agro deprehenſum includere liceat, quoad domino paſcuorum ſatisfiat *Weſemb. d. l. Baro Tuning hic Grot. d. l.*

Nunquam actiones, præſertim pœnales] Hoc idem traditur in *l pen. de obl. & act. l. nunquam 130. de reg. jur. l. 2. de priv. delict.* De concurſu plurium actionum longa & perplexa, neque hujus loci diſputatio eſt: adeantur *Pet. Fab. ad l. nemo 43. §. 1. & d. l. nunquam. de reg. jur. Don. lib. 21. comm. 3. Hotom. illuſt. quæſt. 29. Tim Fab diſp. anniv. 28. Bachov. hic* qui iſtam materiam ex profeſſo & plene tractaverunt.

TITULUS X.

De iis per quos agere poſſumus.

Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri poſſit. Non incommode nunc ſubjicitur de perſonis, per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere liceat.

TEXTUS.

Per quos agere liceat.

Nunc admonendi ſumus, agere poſſe quemlibet hominem aut ſuo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in uſu fuiſſet, alterius nomine agi non poſſe, niſi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hoſtilia permiſſum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hoſtes eſſent, aut reipublicæ cauſa abeſſent, quive in eorum cujus tutela eſſent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & neceſſaria peregrinatio, itemque aliæ multæ cauſæ ſæpe hominibus impedimento ſunt, quominus rem ſuam ipſi exequi poſſint.

NOTÆ.

PRO POPULO] Pro populo agebat actor, ſyndicus, συνήγορος, quoniam univerſi agere non poſſunt.

Pro libertate] Quia ſervo jus non erat lege agendi; quam ob cauſam aſſertor conſtituebatur. Livius *lib. 3.* Aſſertor eſt vindex alienæ libertatis Don. *in And. act. 2. ſcen. 1.*

Pro tutela]. Id eſt, nomine tutorio pro pupillo; quippe qui propter ætatem ipſe in judicio conſiſtere non poteſt.

Commentarius.

Alterius nomine agere non poſſe] Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id eſt, certis ac ſolemnibus formulis conſtabant, *l. 2. §. deinde 6. de orig. jur.* quas proinde ſuo quemque nomine & præſentem proponere oportebat. Cujus rei arg. eſt caput illud in duodecim tabulis, cujus meminit Gell. *lib. 20. cap. 2.* *Si morbus ævitasve vitium eſcit, qui in jus vocavit, jumentum dato, ſi volet, arceramve ſternito.* Sed poſtquam actus contentioſæ jurisdictionis qualitatem illam, ex quo olim legis actiones æſtimabantur, amiſerunt, cœperuntque per procuratores exerceri, ſoli actus jurisdictionis voluntariæ, quales ſunt adoptio, emancipatio, manumiſſio, nomen vetus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eoque refero *l. nemo 123. de reg. jur.* add. quæ ſcripſimus ad *§. ſed & ſi 8. ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.*

Niſi pro populo, pro libertate, pro tutela] Hæ cauſæ neceſſario exceptæ: quoniam nec univerſi agere poſſunt, nec ſervo jus erat lege agendi; quam ob cauſam aſſertor conſtituebatur, *tot. tit. C. de aſſert. toll.* Pupillus autem propter ætatem in judicio conſiſtere non poterat.

Pro tutela] Id eſt, pro pupillo nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur de duobus inter ſe de tutela contendentibus, uter ipſorum tutor eſſe debeat: quod eſt ineptiſſimum.

Lege Hoſtilia] Pacius in notis marginalibus ait, hanc legem tuliſſe A. Hoſtilium conſulem cum A. Atilio anno ab urbe condita 580. quo auctore, neſcio.

Non minimam incommoditatem] Uſus procuratorum perquam neceſſarius eſt, ut, qui rebus ſuis ſupereſſe vel nolunt, vel non poſſunt, vel non ſatis commode poſſunt aut honeſte, per alios poſſint vel agere vel actionem excipere, *l. 1. §. 2. de procur.*

Nam & morbus & ætas, &c.] Hujuſmodi impedimenta uſum procuratorum initio introduxerunt, *l. 1. §. 2. de procur.* quo tamen ſemel recepto etiam extra cauſam neceſſitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel ſuſcipi cœpit.

Textus.

Quibus modis procurator conſtituatur.

1. Procurator neque certis verbis, neque præſente ſemper adverſario, imo & plerumque eo ignorante, conſtituitur. Cuicumque enim permiſeris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur.

Notæ.

1. Procurator] Procurator dicitur, quisquis aliena negotia mandato domini adminiſtrat, *d. l. 1. pr. & §. 1.* ſed ad propoſitam materiam pertinent ſoli procuratores forenſes.

Neque certis verbis] *d. l. 1. §. 1.* id eſt, non verbis ſolemnibus, aut conceptis, ſed nudis. Paul. 1. *ſent. 3.*

Cuicumque permiſeris] Dummodo procurator eſſe non prohibeatur, *§. ult. inf. de except.* Pac.

Is tuus procurator intelligitur] Specialiter tamen procurator à reo datus, defenſor dicitur; quem actor conſtituit, procurator; *tit. de proc. & defenſ.* qui ſine mandato cauſam alterius defendit, ἰδιωτάτως defenſor dicitur, *l. 28. l. 40. §. 2. l. 51. &c. de tit.*

Commentarius.

1. *Quale ſit officium, & quæ poteſtas procuratoris, maxime hodie.*

Procurator in uſu juris dicitur, qui aliena negotia mandato domini adminiſtrat. Nec is tantum, qui adminiſtrator forenſia & judicialia, ſed etiam, qui alia quævis extra judicium, *l. 1. in pr. & §. 1. de proc. vid. ſup. titul. de mandat.* ſed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propoſitam tractationem pertinent, qui quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

Neque certis verbis neque præſente adverſario] *d. l. 1. §. 1.* Hic autem locus judicio eſt, olim certam fuiſſe formulam verbis quibusdam ſolemnibus conceptam, qui procuratores præſentibus adverſariis conſtituerentur.

Rem tuam agere aut defendere] Specialiter tamen procurator à reo datus defenſor dicitur; quem vero actor conſtituit, procurator, nomine generis ad ſpeciem oppoſitam contracto, *rubr. de procur. & def.* Specialiſſime autem defenſor eum denotat, qui

qui ſine mandato abſentis defenſionem ſuſcipit §. *ſi vero 5. tit. ſeq.*

Jure Romano procuratoris officium privatum fuit: quod & nemo ſubibat invitus, *l invi tus 17. C. de proc.* & quivis mandato domini exercere poterat, *l. 1. eod.* utique ſi non expreſſe procurator eſſe prohiberetur, §. *ult. inf. de exc.* At moribus hodiernis procuratorum munus publicum eſt, cum in unoquoque foro certæ perſonæ deſignentur juramentoque adigantur, quæ ſolæ id munus obeant, ſingulorumque negotia exemplo advocatorum ſuſcipere cogantur. Quod tuendæ forenſis dignitatis cauſa inſtitutum eſt, ne ſcilicet rerum forenſium omnino imperiti negotia privatorum apud magiſtratum defendant, *arg. l. 1. de poſtul. Bart. hic comm. part. alt. & ſup. de mand. Gail. 1. obſ. 43. Merul. lib. 4. diſt. 3. tit. 13. Gudelin. lib. 4 de jur. nov. cap. 4. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 107. Zypæ not. jur. Belg. de procur.* qui eodem loco etiam accurate docet, quibus rebus advocati & procuratoris munia diſcrepent. Quæ ſit poteſtas cujusque procuratoris, ex forma mandati ſimulque ex mente domini æſtimandum eſt. Aliquando enim plus videri poteſt mandatum, quam expreſſum: ut ecce, ei, cui mandatum eſt, in rem agere, cenſetur quoque, ſi res mobilis eſt, mandatum, ut agat ad exhibendum, *l. ad rem 56 de procur.* Nam in univerſum cui aliquod negotium mandatum eſt, cuncta ſimul conceſſa videntur, ſine quibus illud negotium explicari non poteſt, *l. 2. & ibi DD. de jurisdict.* Item procurator ad agendum datus, poterit quoque dominum in mutua petitione, quæ forte à reo adverſus eum fiet, defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit, hoc ipſum etiam cavere debet, *l. ſervum 33. §. ait prætor. de procur. Ludovic. Rom. ſingul. 115.* Ex contrario quamvis generale ſit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ veriſimile eſt non facile quempiam mandaturum fuiſſe; cujusmodi ſunt cauſa famæ, transactio, delatio jurisjurandi, & ſimilia, quæ idcirco dicuntur ſpeciale exigere mandatum, *l. non ſolum 39 § ult l. mandato 60. eod. tit. cap. qui ad agendum. x. eod. in 6. & ibi Gloſſa. Weſemb. par. de procur. n. 7. & 11. Merul. lib. 4. diſt. 3. tit. 13. c. 3. & 4. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. c. 4.*

TEXTUS.

Quibus modis tutores vel curatores conſtituuntur.

2. *Tutores & curatores quemadmodum conſtituantur, primo libro expoſitum eſt.*

COMMENTARIUS.

Tutores & curatores aliis modis, quam procuratores, conſtituuntur, nimirum aut teſtamento à parentibus, aut lege, aut a magiſtratibus, quibus id ſpecialiter permiſſum eſt, ut ſuis locis expoſitum eſt, *lib. 1. tit. 13. & ſeqq.*

TITULUS XI.

De ſatisdationibus.

D. lib. 2. t. 8. c. lib. 2. t. 57.

Continuatio. Cautio quatuplex.

Quoniam alieno nomine ſine ſatisdatione agi non poteſt, multoque minus actio alieno nomine ſuſcipi, non intempeſtive tractatio de ſatisdationibus ſuperiori ſubjicitur. Videamus igitur, quid ſit ſatisdatio. Cautio alia dicitur nuda, quæ eſt promiſſio ſecuritatis ſine pignore aut fidejuſſore: cui ſi jusjurandum accedat, dicitur juratoria, §. 2. *inf. eod.* alia idonea, quæ ſatisdatio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejuſſoribus, *l. promiſſ. 21. §. 2. de conſt. pec.* frequentiſſime tamen ea, quæ fit datis fidejuſſoribus, in ſpecie ſatisdatio appellatur; *l. 1. qui ſatisd. l. 3. C. de verb. ſign.* & quoties lex aut prætor ſatisdationem deſiderant, regulariter fidejuſſoribus datis cavendum eſt, *l. 7. de ſtip. præt.* quanquam nonnunquam & pignora admittuntur, *l. 1. §. jubet. 9. de collat. l. 2. §. 3. quod legat.* Finis ſatisdationum & cautionum, de quibus hoc tit. agitur, hic eſt, ut judicium, eaque, quæ in judicio uſque ad ſententiam aguntur, tanto magis rata ſint, effectumque ſuum conſequantur.

TEXTUS.

De judicio perſonali.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per uſum amplexa eſt. Olim enim ſi in rem agebatur, ſatisdare poſſeſſor compellebatur, ut, ſi victus eſſet, nec rem ipſam reſtitueret, nec litis æſtimationem, poteſtas eſſet petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejuſſoribus ejus. Quæ ſatisdatio appellatur judicatum ſolvi. *Unde autem ſic appellatur, facile eſt intelligere. Namque ſtipulabatur quis, ut ſolveretur ſibi, quod fuiſſet judicatum*

catum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, ſatisdare cogebatur, ſi alieno nomine judicium accipiebat. Ipſe autem qui in rem agebat, ſi ſuo nomine petebat, ſatisdare non cogebatur. Procurator vero ſi in rem agebat, ſatisdare jubebatur, rem ratam dominum habiturum. *Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, ſatisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus ſatisdatio remittebatur. Hæc ita erant, ſi in rem agebatur.*

NOTÆ.

SATISDATIONUM] Satisdare proprie eſt fidejuſſoribus datis cavere, *l. 1, qui ſatisd. cog, l. 3. C. de verb. ſign. l. 7. de prat. ſtip.*

SI ALIENO NOMINE JUDICIUM ACCIPIEBAT] Quoniam nemo alienæ litis defenſor idoneus ſine ſatisdatione, *l. 46. §. 2. l. 53. de procur.* Cæterum & de rato cavere debebat, *l 40. §. 2. d. t.*

SATISDARE JUBEBATUR, REM RATAM, &c.] Nempe ubi de mandato domini non ſatis liquide docere poterat, arg. *l. 3. §. 2. ut in poſſ. leg. l. 1. C. de proc.* neque enim, qui mandatum domini oſtendit, ſupervacua cautione onerari debet, *d. l. 1. C. de procur.*

COMMENTARIUS.

1. *Procuratorem, de cujus mandato conſtat, non cavere de rato.*
2. *Sed neque tutorem, quem talem eſſe conſtat.*

ANtiquitati placuit] Antiqui hujus juris veſtigia non pauca nobis in *π*. reliquerunt Compoſitores, uti ex iis, quæ ſequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus ſub triplici diſtinctione, actionis in rem & in perſonam, rei & actoris, perſonarum principalium & pro his judicio intervenientium.

Satisdare poſſeſſor compellebatur] Olim in actione in rem poſſeſſor ſatisdare judicatum ſolvi cogebatur, *l. 8. & alib. jud. ſolv. l. ſi eum 33. de fidei.* Patet etiam ex *l. 1. C. uti poſſ.* ſi poſſeſſor non caviſſet, poſſeſſionem in adverſarium tranſlatam fuiſſe; nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriorem: qua de cauſa res mobilis nonnunquam ſequeſtrari & apud officium deponi ſolebat, *l. 7. in fin. qui ſatisd. cog.*

Nec rem ipſum, nec litis æſtimationem] Hic locus confirmat, quod *ſup. de act. §. præterea 31.* aſſeruimus, etiam civilem actionem in rem arbitrariam fuiſſe, id eſt, in ea quoque hoc obſervari ſolitum, ut primo poſſeſſor juberetur rem reſtituere, poſt deinde ſi non reſtitueret, condemnaretur in litis æſtimationem.

Cum eo, aut cum fidejuſſoribus] Itaque contra quam Hotomannus exiſtimat, reo condemnato, nec ſolvente, non tantum in fidejuſſores, ſed etiam in ipſum reum agi ex hac ſtipulatione potuit; licet hic propria quoque actione, judicati videlicet, teneretur.

Judicatum ſolvi] Hæc ſtipulatio, auctore Ulpiano *l. 6. jud. ſolv.* tres clauſulas in unum collatas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his cauſis committitur, *l. 3. §. ſi reus 8. l. 5. §. 2. l. cum quærebatur 13. l. ex clauſula 17. eod.* Prima autem clauſula omnium potiſſima eſt: & ideo inde nomen accepit.

Multo magis ſi alieno nomine] Olim qui in rem judicium alieno nomine ſuſcipiebat, multo magis, quam reus ſatisdare cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defenſor idoneus eſt ſine ſatisdatione, *l. qui proprio 46. §. 2. l. non videtur 53. de procur.* Sed & præter ſolitam ſatisdationem judicatum ſolvi etiam de rata cavere debebat, *l. Pomponius 40. §. 2. d. tit.*

Ipſe autem qui in rem] Olim qui in rem ſuo nomine agebat, ſatisdare non cogebatur. Quippe in cujus perſona ſatisdatio judicatum ſolvi locum non habebat, cum actor non damnetur: neque ferendum erat, ne is, qui ultro litem intendit, moras necteret, litemve non perſequeretur.

Procurator vero ſi in rem] Ait, procuratorem actoris ſatisdare ſolitum fuiſſe rem ratam dominum habiturum. Falſa propoſitio, ſi de vero procuratore, ſeu eo, qui ſpeciale mandatum domini profert, accipiatur, *l. 1. C. de procur. l. 3. §. 2. ut in poſſ. leg. fac. l. ſi procurator 65. de procur. l. 1. in pr. C. de ſatisd.* Nam ſtultum eſſet cautionem de rato exigi ab eo, qui mandatum domini oſtendit; nec minus iniquum, ubi nullum periculum eſt, ne dominus iterum agat, procuratorem ſuperflua cautione onerari. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio non admittitur, quamvis de rato cautionem offerat, niſi admodum raro, *d. l. Pomponius, §. ult. de proc.* Quomodo igitur defendimus enuntiationem Juſtiniani? Nimirum inter eos, quos procuratores eſſe aut non eſſe conſtat, ſunt intermedii, qui ſe procuratores eſſe dicunt, & de mandato domini aliquam ſal-

ſaltem fidem faciunt, quamvis de eo ſatis liquide docere non poſſint; ac de his ſolis dicimus textum hunc intelligendum eſſe, *arg. l. 3. §. 2. ut in poſſ. leg. l. 1. C. de proc.* quibus locis perſpicue diſtinguitur inter eum, cui mandatum eſſe conſtat, & de quo dubitatur, ut ille ad agendum alieno nomine admittatur etiam ſine cautione, hic non aliter, quam ſi de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & ſine mandato perſonæ conjunctæ, *d. l. Pomponius, §. ult. de proc.* item procurator univerſorum negotiorum, *l. 5. §. qui procuratorio. 18. de nov. op. nunc.*

Tutores & curatores eodem modo] Ait tutorum & curatorum eandem in ſatisdando conditionem fuiſſe, quæ procuratorum fuit: ſed aliquando his agentibus ſatisdationem remiſſam. Hæc quoque ſententia falſa eſt. Nam cum magis tutores, quos tales eſſe conſtat, de rato cavent, quam procurator, quem talem eſſe certum eſt, *l. vulgo 23. de adm. tut.* ejusque rei perſpicua ratio, quam etiam Juriſconſultus *d. l.* affert, quia non minus tutor, quam procurator, rem in judicium deducit, ut metuendum non ſit, ne pupillus iterum experiatur. Tunc ſolum cautio præſtanda, cum dubitatur, an quis tutor ſit, vel an adhuc duret tutela, *d. l. vulgo.* Quod & in procuratore, cum de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propoſitionem cum Ulpiano *d. l. vulgo*, dicamusque, tutores & curatores de rato non cavere. Adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut, ſi dubitetur, an quis tutor aut curator ſit, tum cautio jure exigatur.

Verba edicti] Videtur intelligere caput edicti, quod
2 recitat Ulpian. *l. ſervum 33. §. ait prætor. de procur.* ubi qui alieno nomine actionem poſtulat jubetur cavere, ſe eum; cujus nomine agere inſtituit defenſurum, ſi quid vice mutua ab eo reus petat, & ſimul eum, ad quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem ſpeciale mandatum habentem, quippe quem conſtat de rato non cavere, ita nec ad tutorem pertinet, qui idem jus habet: ac tametſi altera illa cautio de defendendo eo, cujus nomine agitur, etiam à procuratore ſpeciale mandatum habente præſtanda ſit: tamen tutores & curatores ne illa quidem ſatisdatione onerari placuit, *l. ult. §. 3. C. de adm. tut.* Sed de eo hic non quæritur.

TEXTUS.

De judicio perſonali.

1. *Si vero in perſonam ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, qua in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, ſiquidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo ſatisdaret, quia nemo defenſor in aliena re ſine ſatisdatione idoneus eſſe creditur. Quod ſi proprio nomine aliquis judicium accipiebat in perſonam,* judicatum ſolvi *ſatisdare non cogebatur.*

NOTÆ.

1. Siquidem alieno omnimodo satisdaret] Judicatum ſcil. ſolvi, *l. 5. §. ult. quib. ex cauſ. in poſſ.* *Omnimodo*, id eſt, etiamſi mandatum habeat, *l. 21. rat. in rem hab. l. 1. in fin. C. de ſatisd.*

Nemo defensor idoneus] Regula paſſim tradita. Defenſor idoneus, id eſt, ἱκανός, ἀξιόπιστος, locuples, ἀξιόχρεως.

COMMENTARIUS.

Ab actoris parte eadem obtinebant] Itaque qui in perſonam agebat, ſiquidem ſuo nomine, non ſatisdabat, ſin alieno, ſatisdabat, rem ratam haberi, *l. ſervum 33. in fin. de procur.* niſi de mandato conſtaret: nam ubi mandatum apparet, non eſt neceſſaria ſatisdatio de rato, ut ſupra probavimus.

Ab ejus parte, cum quo agitur] Jure antiquo qui in actione perſonali defenſionem alterius ſuſcipiebat, ſatisdare cogebatur judicatum ſolvi, *l. 5. §. ult. quib. ex ca. in poſſ.* & uti eſt in textu, *omnimodo*, id eſt, ſive mandatum non haberet, ſive haberet: quod etiam expreſſum in *l. 1. in fin. C. de ſatisd. l. ne ſatisdatio 21. rat. rem hab.* & ſatis intelligitur ex generali regula paſſim tradita, quod nemo alienæ rei defenſor idoneus eſt ſine ſatisdatione. Rationem hanc eſſe arbitror, quod ſuſceptio judicii ſpecies quædam eſt delegationis, *l. 11. §. 1. de nov.* facitque, ut ſubtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde merito qui in locum rei ſuccedit, & dominus litis efficitur, hac cautione oneretur, etiamſi mandatum habeat, ne invito actori alius reus objiciatur. Et inde eſt, quod ſtricta ratione juris in procuratorem ſententia fertur, & actio judicati datur: quamvis ex æquitate prætor actionem in eum denegat, & in reum, cujus revera negotium geſtum eſt, concedit, *l. 4. de re jud.*

Quod ſi proprio nomine] Qui ſuo nomine actionem in perſonam ſuſcipiebat, judicatum ſolvi ſatisdare non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ ratio hæc redditur, quod in actione in perſonam reus non æque condemnationem evitare poteſt, quam in actione in rem, quippe mora obligationem perpetuat; at eandem vim adverſus poſſeſſorem non habet; quem placet abſolvi etiamſi poſt

poſt litem conteſtatam poſſidere rem deſierit, modo dolo & culpa careat, *l ſin autem 27. §. 1. de rei vind.* de quo plura ſcripſi ad *§. ſic itaque 14. in fin. ſup. de act.*

TEXTUS.

Jus novum. De Reo.

2. *Sed hodie hæc aliter obſervantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, ſive perſonali ſuo nomine, nullam ſatisdationem pro litis æſtimatione dare compellitur, ſed pro ſua tantum perſona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis. Vel committitur ſuæ promiſſioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promiſſionem, vel ſatisdationem pro qualitate perſonæ ſuæ dare compellitur.*

NOTA.

1. PRO LITIS ÆSTIMATIONE] ἕνεκα τῆς διατιμήσεως τῆς δίκης, id eſt, judicatum ſolvi ſatisdare non cogitur: quæ ſatisdatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

COMMENTARIUS.

Hodie qui ſuo nomine quacumque actione convenitur, ſatisdare de litis æſtimatione non cogitur. De litis æſtimatione dixit pro judicatum ſolvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Sed pro ſua tantum perſona] Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel ſatisdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ cautioni committuntur pauperiores, ut jurent ſcilicet ſe facturos, quod alias, fidejuſſoribus datis, promittere debuiſſent, ſimul & hoc, ſe idoneos fidejuſſores reperire non potuiſſe, *auth generaliter, C. de Epiſc. & Cler.* Perſonæ quoque illuſtres non ſatisdant, ſed jurant, *l. quoties 17. C. de dign. lib. 12.* A reliquis exigitur ſatisdatio, exceptis iis, qui immobilia poſſident, *l. ſciendum 15. qui ſatisd. cog.* quos nec jurare teneri arbitror; alioqui quis locus eſſet nudæ repromiſſioni, quæ hoc loco & in *rubr. qui ſatisd.* opponitur cautioni juratoriæ? Et igitur ſtabitur nudæ poſſeſſoris immobilium promiſſioni. Interpretes in *l. 1. & d. l. ſciendum, d. tit.* fere cenſent, poſſeſſorem teneri ea bona ſimul hypothecæ obligare. Quod mihi à mente Juriſconſulti in *d. l. ſciendum*, valde alienum eſſe videtur. Quin

cautio pignoratitia non minus idonea, imo aliquando utilior eſt, quam fidejuſſoria.

Vſque ad terminum litis] Hæc igitur cautio plus continet, quam vetus illa judicio ſiſti. Nam illi ſatisfit, ſi reus judicio exhibeatur, neque neceſſe eſt litis exitum expectare. Huic vero non ſatisfit, niſi terminus litis expectetur. Alia cautio eſt, quæ noviſſimo jure in executorem litis exponitur de conteſtanda lite intra duos menſes, *auth. libellum, C. de lit. cont.*

TEXTUS.

De Procuratore actoris.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel ſuſcipitur; in actoris quidem perſona, ſi non mandatum actis inſinuatum eſt, vel præſens dominus litis in judicio procuratoris ſui perſonam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, ſatisdationem procurator dare compellitur. Eodem obſervando & ſi tutor vel curator, vel aliæ tales perſonæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.*

NOTÆ.

VEL ALIÆ TALES PERSONÆ] Intellige ſyndicos vel actores municipiorum aut corporum.

LITEM PER ALIUM INFERANT] Puta vel per procuratorem, *l. 11. C. eod.* vel per actorem quem ipſe tutor aut curator ex ſua perſona conſtituere poſſunt, *leg. un. C. de act. à tut. ſeu cur. dand.* ipſi vero per ſe agentes non ſatisdant. *l. 23. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

In actoris perſona] Qui ad agendum alieno nomine admitti poſtulat, ſiquidem mandatum probet, vel præſentis domini habeat auctoritatem, ſatisdare non cogitur rem ratam dominum habiturum, *l. 1. C. de ſatisd. l. ſi procuratorem 65. de proc. l. 1. C. eod. l. 3. §. 2. ut in poſſ. leg. l. ne ſatisdatio 21. rat. rem hab.* ſin minus, ſine ſatisdatione non admittitur. Sed, nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur; ſed ſolæ perſonæ conjunctæ, *l ſed & hæ 35. l. Pomponius 40. §. ult. de proc.* item procurator omnium bonorum, *l. 5. §. ſi procurator 18. de nov. op. nunc.* eademque conditione admittitur, cui an mandatum ſit, vel non ſit, dubitatur, *d. l. 3. §. 2. ut*

in poſſ. legat. d. l. 1. C. de proc. & ſecundum hæc temperandi textus generales in *l. ſervum. §. ait prætor, l. non ſolum 39. §. 1. de proc.*

Eodem obſervando & ſi tutor vel curator, &c. litem per alium inferunt] Puta vel per procuratorem à pupillo vel adulto conſtitutum tutore vel curatore interveniente, *l. 11. C. de proc.* vel per actorem, quem ipſe tutor vel curator ex ſua perſona conſtituere poſſunt, *l. un. C. de act. à tut. ſeu cur. dand. §. ult. ſup. de curat.*

TEXTUS.

De Procuratore rei præſentis.

4. *Si vero aliquis convenitur, ſiquidem præſens procuratorem dare paratus eſt, poteſt vel ipſe in judicium venire, & ſui procuratoris perſonam per* judicatum ſolvi *ſatisdationem ſolemni ſtipulatione firmare; vel extra judicium ſatisdationem exponere, per quam ipſe ſui procuratoris fidejuſſor exiſtat pro omnibus* judicatum ſolvi *ſatisdationis clauſulis. Vbi & de hypotheca ſuarum rerum convenire compellitur, ſive in judicio promiſerit, ſive extra judicium caverit, ut tam ipſe quam heredes ejus obligentur. Alia inſuper cautela, vel ſatisdatione propter perſonam ipſius exponenda, quod tempore ſententiæ recitandæ in judicium veniet, vel ſi non venerit, omnia dabit fidejuſſor, quæ in condemnatione continentur, niſi fuerit provocatum.*

COMMENTARIUS.

De eo, qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio eſt. Prima de procuratore rei, id eſt, eo, qui mandatum defendendi habet. De quo agitur *hoc §.* altera de eo, qui mandatum non habet, & in ſpecie defenſor dicitur. De quo *§. ſeq.*

Poteſt vel ipſe in judicium venire, &c.] Superius dictum eſt eum, qui alienæ litis defenſionem ſuſcipit, teneri omnino ſatisdare judicatum ſolvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem ſuum ab hoc onere liberare valeat; nimirum ſi ipſe pro procuratore ſuo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris ſui exiſtat fidejuſſor.

Pro omnibus judicatum ſolvi clauſulis] Nempe tribus illis, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l. 6. jud. ſolv.*

Vbi & de hypotheca ſuarum rerum convenire compellitur.] Legendum omnino, *ubi & hypotheca rerum ſuarum cavere compellitur.* Nempe quoniam ipſe reus principalis hic fidejuſſor eſt, qui etiam alias tenetur, præter ſatisdationem non amplius ab eo exigitur, ut etiam bona ſua hypothecæ obliget, quo certius actori cautum ſit.

Alia inſuper cautela, &c.] Duplicem igitur cautionem in propoſito reus præſtat, unam pro perſona procuratoris ſui, alteram pro perſona ſua. In illa ipſe fidejuſſor eſt; in hac, qua promittit, ſe tempore recitandæ ſententiæ in judicium venturum, fidejuſſor non eſt, nec eſſe poteſt, ſed alium fidejuſſorem dat, qui idem adpromittat.

Propter perſonam ipſius exponenda] Non à procuratore, ut male nonnulli: *ſcil. Accurſ. & Curt. Theoph. interpretes*, ſed ab ipſo reo, à quo manifeſtum hanc, quam ſuperiorem cautionem exigit Juſtinianus. *Fabrot.* Nec minus aperte Theophilus, paraphraſtes Græcus. Nam verba illa, *à procuratore*, non ſunt Theophili, ſed emblema Curtii interpretis Latini. Quod mirum eſt in editione Theophili non animadvertiſſe D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejuſſor] A reo in cauſam propoſitam datus. Theophilus, πάντα παρέξει αὐτὸς, ἤτοι ὁ τούτου ἐγγυητὴς, vel ipſe, vel fidejuſſor. Et ita *Cujac. in not. poſtr.*

TEXTUS.

De procuratore rei abſentis.

5. *Si vero reus præſto ex quacunque cauſa non fuerit & alius velit defenſionem ejus ſubire, nulla differentia, inter actiones in rem vel perſonales introducenda, poteſt hoc facere: ita tamen ut ſatisdationem* judicatum ſolvi *pro litis æſtimatione præſtet. Nemo enim ſecundum veterem regulam (ut jam dictum eſt) alienæ rei ſine ſatisdatione defenſor idoneus intelligitur.*

COMMENTARIUS.

Ad agendum alieno nomine ſine mandato nemo admittitur, præterquam paucis caſibus, quos ſupra memoravimus. At defenſionem alterius ſuſcipere nemo vetatur, qui modo paratus ſit ſatisdationem

tionem judicatum ſolvi pro litis æſtimatione præſtare *l. un. C. de ſatisd.* Cur tam varie? Nimirum humanum eſt, atque ideo publice expedit, abſentes à quibuscunque poſſe defendi, *l. ſervum 33. §. 2. de proc.* nulla vero aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis ſuadet, ut cuivis permittendum ſit, alieno nomine agere. Sed & multum intereſt rei, ne conveniatur a falſo procuratore, quoniam dominus iterum experiri poteſt: nihil autem intereſt actoris, à quo reus defendatur, modo idonea ſatisdatio ea, quam diximus, præſtetur. Ex quo porro etiam hoc eſt, quod defenſor ſtatim atque cavit, dominus litis efficitur, etiam ante litis conteſtationem, *l. Titius 26. de procur.* & in ipſum actio judicati datur, *l. Plautius 61. d. tit. l. 4. de re jud.*

TEXTUS.

Unde hæc forma diſcenda.

6. *Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum uſu in ipſis rerum documentis apparent.*

Ubi hæc forma obſervanda.

7. *Quam formam non ſolum in hac regia urbe; ſed etiam omnibus noſtris provinciis, (etſi propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere cenſemus: quum neceſſe ſit, omnes provincias caput omnium noſtrarum civitatum, id eſt, hanc regiam urbem, ejusq; obſervantiam, ſequi.*

NOTÆ.

6. Judiciorum usu] Uſus eſt omnium rerum optimus magiſter.

7. Non solum in hac regia urbe] Conſtantinopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata eſt, quod in eam imperii ſedes translata. Græci πόλιν κρατίστην, πόλιν βασιλεύουσαν appellant. Byſantium ante dicta fuit.

Commentarius.

1. *Hodiernus ſatisdationum modus & uſus.*

HÆC non indigent interpretatione. Cicero *lib. 1. de offic. Nec medici, nec Imperatores, nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum ſine uſu & exercitatione conſequi poſſunt.* Uſus ſatisdationum hodie pærexiguus, præterquam adverſus debitores extraneos, quos detinuimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur, eligere. Actor non de alia re cavet, quam de æſtimatione ſumptuum litis, reo forte vincenti repenſanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, ſi domicilium ſub jurisdictione judicis, apud quem agitur, habeat, vel etiam bona immobilia poſſideat. Procurator ſine mandato ad litigandum non admittitur, niſi arcto ſanguinis aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus ſit; quo caſu admitti ſolet, cum cautione de rato. Defenſor idoneum mandatum exhibens judicatum ſolvi ſatisdare non tenetur; *vid. Gloſſ 10. Fab. hic Tulden. c. 2. & 3. Merul. lib. 4. diſtinct. 3. tit. 13. cap. 1. & deinceps, & ſect. 3. tit. 5. cap. 1. Weſemb. qui ſatisd. cog. n 6. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. c. 4. & 5. Chriſtin. vol. 2 deciſ. 141. & ibi citat. & Neoſtad. Grœnevv. d. ll. abrog. hic per tot.*

TITULUS. XII.

C. lib. 4. tit. 11.

De perpetuis & temporalibus Actionibus, & quæ ad hæredes & in hæredes transeunt.

Continuatio.

QUoniam actio alicui conſtituta non ſemper durat, ſed actiones certo temporis ſpatio terminatæ ſunt, neque etiam omnes, quæ in defunctum competebant, æque in hæredes dantur, & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto: non abs re eſt, quod hic titulus ſuperioribus ſubjicitur ad transactionem de actionibus concludendam.

TEXTUS.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi ſumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve conſulto, ſive ex ſacris conſtitutionibus proficiſcuntur, perpetuo ſolere antiquitus competere, donec ſacræ conſtitutiones tam in rem, quam in perſonam actionibus, certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipſius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando

quando tamen & in perpetuum extenduntur: id eſt, uſque ad finem conſtitutionibus introductum: quales ſunt eæ, quas bonorum poſſeſſori, cæteriſque, qui hæredis loco ſunt, accommodat. Furti quoq; manifeſti actio, quamvis ex ipſius prætoris juriſdictione proficiſcatur, tamen perpetuo datur. Abſurdum enim eſſe exiſtimavit anno eam terminari.

NOTÆ.

Praetoris intra annum erat imperium] Prætores in annum creabantur. Liv. 31. Tac. *ann. 1.* Prætorum anniverſariorum edicta erant annua, quæ quiſque proponebat initio magiſtratus ſui ex lege Cornelia. Dio 36.

Quas bonorum possessori] Bonorum poſſeſſor & fideicommiſſarius Trebellianus pro hæredes ſunt. Fabrot.

Commentarius.

1. *Rectene intra actiones prætorias numeretur fideicommiſſaria hæreditatis petitio.*

1 Ex *lege, &c.*] Actiones, quæ ex lege, Senatusve conſulto, aut ex Principum conſtitutionibus proficiſcebantur, olim perpetuo ſolebant competere: nimirum cum legis & ſimilium juris conſtitutionum vis eſſet perpetua, conſentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus profectas nullo tempore finiri.

Donec ſacræ conſtitutiones actionibus certos fines dederunt] Quod publicæ utilitatis cauſa conſtitutum eſt, ut litium aliquis eſſet finis, tandemque aliquando poſſeſſores & debitores ſecuti forent, *arg. l. 1. de uſuc.*

Certos fines dederunt] Ut ſcilicet actiones triginta & ad ſummum quadraginta annorum præſcriptione excluderentur, *l. 4. & 5. C. de præſcr. 30. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* quod tempus nunc abuſive perpetuum dicitur. Paucæ ſunt, quæ demum 40. annorum ſpatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, ſed uno duntaxat caſu, videlicet cum ipſe debitor hæresve ejus obligatæ poſſeſſioni incumbunt, *l. 7. §. 1. Cod. de præſcr. 30. ann. l. 1. §. 1. in fin. Cod. de ann. exc.* Nam extranei poſſeſſores bona fide poſſidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30. annorum præſcriptionem opponere poſſunt, *l. 1. & 2. C. ſi adv. cred. præſer d. l. 7. in pr. C. de præſcr. 30. Annor. Tulden. ad d. tit. C. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 81. num. 9.* quanquam & ubi bona fide poſſidetur 30. annorum ſpatium requiri. Senatus hujus provinciæ judicavit, *deciſ. Cur. Holl. 8.* Ad hæc actiones omnes judicio ſemel incluſæ non niſi 40. annorum præſcriptione excluduntur, *d. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.*

Tam in rem] Actiones in rem non minus quam actiones in perſonam olim perpetuæ fuerunt: utræque autem nunc eodem temporis ſpatio, id eſt, triginta annis terminantur. Neque enim illæ, quæ in rem ſunt, ſimplici exceptione temporis decem annorum inter præſentes, viginti inter abſentes excluduntur, ſed propter poſſeſſionem alterius conjunctam cum titulo & bona fide, & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei poſſeſſæ jure civili acquiritur.

Quæ ex prætoris juriſdictione pendent] Ait actiones quæ ex juriſdictione prætoris veniunt, pleruinque unum duntaxat annum durare, & ſubjicit pro ratione, quod prætoris edictum, unde proficiſcuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio ſi bona eſt, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, ſed ſemper anni ſpatio finiri; & credibile quoque eſt, initio nullas diuturniorem vim habuiſſe, quam habebat ipſum edictum, ex quo deſcendebant: ſed poſtea nonnullas cœpiſſe perpetuo competere, poſtquam non tam prætorem, quam præturam ſpectari placuit atque ex edictis, maxime quæ evidens commendabat æquitas, perpetuo jus dici. De quo vid. *Aſcon. in orat. Cic. pro Corn. Balbo. & Auguſtin. de legib. pop. Rom.*

Aliquando in perpetuum extenduntur] Imo ſæpe. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei perfectionem continent, veluti Publiciana, de conſtituta pecunia ex jurejurando, exercitoria, inſtitoria, de peculio, &c. perpetuæ ſunt, id eſt, 30. annos durant, niſi ſit quæ reſcindat quod jure civili ratum eſt, *l. in honorariis, l. 35. de obl. & act.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

Bonorum poſſeſſori cæteriſque, qui hæredis loco.] Significat duas haſce in rem actiones de univerſitate, poſſeſſoriam hæreditatis petitionem, & fideicommiſſariam hæreditatis petitionem Has actiones ait eſſe perpetuas, licet jure prætorio conſtitutæ ſint. Perpetuas eſſe conſtat, priorem quoque prætoriam utpote, proditam bonorum poſſeſſoribus, quos prætor velut hæredes facit, *l. 1. de poſſ. hær. pet.* Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas, non videtur eſſe juris prætorii, ſed actio civilis, quippe iis competens, qui pro hæredibus ſunt ex Senatusconſulto. Niſi diſtinguendum putamus inter petitionem hæreditatis & actiones hæreditarias, *arg. l. 2. de fid. hær. pet.* Sed dixerim potius, eo loco jus civile in ſpecie per excellentiam accipi pro jure antiquo legis 12. tabularum, & opponi petitionem hæreditatis

civi-

civilem petitioni fideicommiſſariæ, non ut actioni prætoriæ, ſed ut novo jure civili introductæ, nimirum Senatuſconſulto Trebelliano. Nam minime novum eſt, ut hoc ſenſu jus civile opponatur iis juris partibus, quæ poſtea acceſſerunt, puta Senatuſconſultis aut Principum conſtitutionibus, §. 4. & 6. *ſup. de fideic. hæred.* §. 3. *ſup. de teſtam. ord.*

Furti quoque manifeſti actio] Actiones prætoriæ, pœnales regulariter tantum intra annum dantur, *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Excipitur actio furti manifeſti, quæ, quamvis & ipſa prætoria ſit & pœnalis, perpetua tamen eſt. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus prætor pœnam furibus manifeſtis conſtituit; ſed eam, quæ lege 12. tabb. conſtituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. *ſup. §. pœna 5. de obl. quæ ex del.* Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut ſtabulo facto, item actio adverſus publicanos, quamvis & hæ prætoriæ ſunt & pœnales, perpetuo tamen competunt, *l. ult. §. ult. naut. caup. ſtab. l. ſed & hi 13. §. ult. de publican.* Judicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur *l. 12. C. ad leg. Corn. de falſ.* ſed ea huc non pertinent.

TEXTUS.

De actionibus quæ in heredes tranſeunt vel non.

1. Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipſo jure competunt, aut à prætore dantur, & in hæredem æque competunt, aut dari ſolent. Eſt enim certiſſima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed hæredibus hujuſmodi actiones competunt, nec denegantur; excepta injuriarum actione, & ſi qua alia ſimilis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra hæredem non competit; veluti cum teſtator doloſe verſatus ſit, & ad hæredem ejus nihil ex dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas ſupra diximus, ſi ab ipſis principalibus perſonis fuerint conteſtatæ, & hæredibus dantur & contra hæredes tranſeunt.

NOTÆ.

1. Aut ipso Jure] Id eſt, jure civili, ut §. *10. ſup. de act. l. 9. l. uſufr. quem cau.* Th. ἢ ἀπὸ τοῦ πολιτικοῦ.

Excepta injuriarum actione] Quia vindictæ magis, quam pecuniæ perſecutionem habet, *l. 2. §. 4. de collat.*

Aliquando ex contractu actio, &c.] Senſus hic eſſe videtur, etiam aliquando ex contractu actionem adverſus hæredem non dari, cum teſtator doloſe verſatus eſt, & nihil ad hæredem ejus ex dolo pervenit; contra regulam *l. 12. l. 49. de obl. & act. l. 152. §. 3. de reg. jur.* De depoſito miſerabili hoc plerique putant accipiendum, *l. 1. §. 1. depoſ.*

Fuerint conteſtatæ] *l. 26. l. 58. de obl. & act. l. 139. l. 164. de reg. jur.* quod ex eo eſt, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3. §. 3. de pecul.*

Commentarius.

1. *Actiones omnes, quæ rei perſecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, etiam ſi quæ ex delicto.*
2. *Oſtenditur perſpicue, condictionem furtivam, & actionem rerum amotarum, contra hæredes etiam dari in ſolidum.*
3. *In hæredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*
4. *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius perſequantur, quam quod abeſt.*
5. *Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus.*
6. *Cur actio injuriarum ne hæredibus quidem detur.*
7. *Quibus caſibus ex contractu actio non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit.*
8. *Actiones omnes judicio incluſas perpetuari: & quid hic juris hodie.*

Actionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem, ſed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus, neque contra hæredes. Et hæredibus & contra hæredes dantur, quæcunque rei tantum perſequendæ cauſa comparatæ ſunt: niſi quod actio in rem tantummodo reſpectu poſſeſſionis in hæredem datur: quippe quæ poſſeſſorem ſemper ſequitur, *l. ſi in rem 42. de rei vind. l. actionum 25. de obl. act.* Dum autem actio præter rei perſecutionem nihil contineat, non diſtinguimus in propoſito, utrum ea ſit ex contractu an ex maleficio: ſed utroque caſu non minus in hæredes, quam hæredibus actionem dari contendimus: & quidem in hæredes in ſolidum:

 hoc

hoc enim ſemper intelligendum eſt, cum ſimpliciter dicitur actio in hæredem dari. De actionibus quæ ex contractu deſcendunt, res eſt expedita, *l. 1. & tot. tit. C. de hæred.* adeoque paſſim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes; licet delictum quoque verſetur, in hæredes in ſolidum dari, *l. 7. §. 1. depoſ. l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea 157. §. ult. de reg. jur.* De iis vero, quæ rei perſecutoriæ ſunt ex delicto, quales eſſe conſtat condictionem furtivam & actionem rerum amotarum, *l. 7. §. 2. de cond furt. l. mulier 21. §. pen. de act. rer. amot.* ambigitur, non utique an hæredibus aut contra hæredes aliquatenus dentur; ſed an dentur contra hæredes in ſolidum. Nam hoc negat *Cujac. 7. obſ. 37 & 13. obſ 39. Lyclam 1. membran. 18. & lib.*
2 *benedict. paſſim.* Ego vero exiſtimo, etiam his actionibus hæredem teneri in ſolidum. Moveor primum eo, quod hæ duæ actiones abſolute dicuntur dari in hæredem, *l. 1. l. 7. §. 2. de cond. furt §. ult. ſup. de obl. quæ ex del. l. 6. §. 4 de act. rer amot.* Ex eo enim colligo dari eas adverſus hæredem furis aut mulieris in ſolidum. Nam quotieſcunque actio ſimpliciter in hæredem dari dicitur, toties intelligitur dari in ſolidum: cum vero in ſolidum non datur, ſed quatenus ad hæredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari ſimpliciter negatur. Ut patet ex *l. Iulianus 16. de judic. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem, 8. ad l. Aquil. l. hæc actio 13. de ſerv. corr. l. 9. §. 1. quod falſ. tut. l. 3. §. pen. ſi menſ. falſ. mod. l 1. de priv. del. l 2. §. ult. vi bon. rapt. l. in honorariis 35. de oblig. & act. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. §. his autem, ſup. de leg. Aquil. §. ult de obl quæ quaſi ex del. Item hoc text.* & innumeris aliis locis. Secundo quia regulæ earum actionum, quæ in hæredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ ſunt, *l. 1. de priv. del. l. ſicut 38. l pupillum 111. §. 1 de reg. jur. l. inde Neratius, §. hanc actionem, ad leg. Aquil. & hoc text. l. pen. de op. nov. nunc.* Hinc enim evincitur, ſi quæ ſunt ex maleficio non pœnæ, ſed rei perſecutoriæ, eas in hæredem dari: quoniam contrariorum contraria ſunt conſequentia. At condictio furtiva & actio rerum amotarum non pœnam, ſed rem perſequuntur, ut jam probavimus. Et ſecundum hæc Imperator in *§. his autem 9. ſup. de leg. Aq.* negat, actionem legis Aquiliæ in hæredem tranſire, non quia ex delicto eſt, ſed quia pœnalis, addens, tranſituram eam fuiſſe, ſi ultra damnum datum nunquam lis æſtimaretur. Dicitur ſane nonnunquam, actiones ex delicto venientes adverſus hæredes non dari, niſi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, ut *in l. un. C. ex del. def.* Sed quid prohibet hujuſmodi definitiones ex eo, quod plurimum & fere ſemper fit, conceptas ſic accipere, ſi agatur de eo, quod defunctus deliquit id eſt, ad pœnam? At in condictione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, ſed tantum de eo, quod ex patrimonio nobis abeſt, nec quicquam amplius perſequuntur, *l. 7. § 2. de cond. furt. l. ſi mulier 21. § pen. de act. rer. am.* Jam vero ob hoc ſolum actio pœnalis non habetur, quod conſtituta eſt adverſus eum, ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, niſi & factum puniat, & in dolum concepta ſit, *l. 9. § 1. quod falſ. tut.* de quo amplius poſtea. Poſtremo movet me locus expreſſus *in l. 9. de cond. furt.* ubi diſerte J. C. ait, in condictione ex cauſa furtiva hæredem, non pro parte quæ pervenit, ſed in ſolidum teneri; ſi vero plures ſint hæredes, ſingulis pro partibus hæreditariis. Quod ſi hoc obtinet in condictione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cum aperte teſtetur Paulus. *in l. 6 §. item hæres 1. de act. rer. am.* ex cauſa rerum amotarum teneri hæredem mulieris perinde ac tenetur hæres condictionis nomine ex cauſa furtiva; ac proinde quod reſcribunt Impp. *in l. ult. C. rer. amot.* actionem rerum amotarum adverſus hæredes dari non in ſolidum, ſed in quantum ad eos pervenit, neceſſario ſic accipiendum eſt, in quantum ad eos pervenit de hæreditate, non autem de rebus amotis; ut ſi plures ſint hæredes, non ſinguli in ſolidum teneantur, ſed univerſi, ſinguli autem pro ea parte, pro qua hæredes extiterunt; ſecund. *d. l. 9 de cond. furt.* aut ſi cum Ant. Fabro *4. conj. 1.* de rebus amotis reſcriptum intelligi volumus, ſupponendum erit, totum ad hæredes perveniſſe, non ad unum aliquem, ſed ad ſingulos pro parte. Quæ actiones hæredibus competant, in hæredes autem non dentur; tum quæ neque hæredibus neque adverſus hæredes competant, docebit nos textus, ad cujus explicationem tempus eſt ut accedamus.

Aut ipſo jure] Ipſo jure aliquando idem valet, quod jure ſolo, ſine aliquo facto noſtro, veluti cum ſui hæredes dicuntur ipſo jure hæredes exiſtere: aliquando idem, quod jure civili, non jure prætorio, ut in *§ actiones 10. ſup. de act. l 9. §. 1. uſufr. qu cau. & hoc loc.* Itaque ipſum jus hic excellentiam notat.

Ex maleficiis pœnales] Actiones ex maleficiis pœnales hæredibus dantur; at in hæredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*] uti & alibi regula concepta eſt, *l. 2. de priv. del. l. ſicut 38. l. pupillum 111. §. 1 de reg. jur.* Quid ergo ſi qua ſit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris eſſe evincit actio 3
depoſiti miſerabilis; quæ in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa depoſitum inficiatur, in duplum conſtituta eſt, in hæredem vero ex dolo defuncti in ſimplum, *l. 1. §. 1 l. de eo 18. de- poſ.*

poſ. Plane huc non pertinet actio, qua petitur pœna conventione promiſſa: nam pœnam ſtipulamur loco ejus, quod intereſt, *§. ult. ſup. de verb. obl. vid. §. ſequent. 16. ſup. de act.* Excludit autem regula eas, quæ ſunt ex maleficio rei perſecutoriæ, quas etiam adverſus hæredes dari paulo ante probavimus. Illud ignorandum non eſt, eſſe quasdam actiones, quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius, quam quod abeſt, perſequantur, de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit, & in dolum concepta eſt, conſtituiturque adverſus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis propoſita ſit, cui eo facto quid abeſt atque ita à parte actoris rei perſecutionem contineat: pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius perſequitur: ac proinde in hæredem non datur, *l. 9. §. 1. quod falſ. tut.* Talis eſt actio de dolo, *l. in heredem 26. de dol. mal.* item ea quæ adverſus falſum tutorem datur, *d. l. 9. §. quod falſ. tut.* Talis quoque eſt adverſus menſorem, qui falſum modum dixit, *l. 3. §. pen. ſi menſ. falſ. mod.* item quæ proponuntur in *l. 7. §. ult. de trib. act. l. 1. §. ult. ne vis fiat ei, qui in poſſ. miſſ. l. 1. §. ult. de eo per quem fact. erit, quo min quis in jud. l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. l. 4. in fin. l. 6. & 7. de alien. jud. mut. ca.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei perſecutionem; nimirum quia actor per eam id tantum quod ſibi abeſt, perſequitur: à parte autem rei revera pœnalis eſt, quia factum punit, & in dolum concepta eſt. At cum hæres in univerſum jus defuncti ſuccedat, & regulariter tam in incommoda, quam in commoda, quæ ratio eſt, quod in propoſito tantum commodum actionum pœnalium ad hæredes tranſire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum viſum eſt, pœnam ex hac ſucceſſione excipere, ne ibi pœna ſit, ubi noxia non eſt, *l. pen. de op. ſerv. nunc. l. ſicut 38. de reg. jur. l. ſancimus 22. C. de pœn.* Illud æquiſſima ratione placuit, turpia lucra etiam hæredibus eſſe extorquenda: ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus ſaltem in hæredes dandas eſſe, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum ſentiant, *l. 5. de calumn. l. 16. §. ult. & l. ſeq. quod. met. cauſ. l. in heredem 26. de dol. l. un. C. ex del. def.* cum ſimilib.

Excepta injuriarum actione] Actio injuriarum neque hæredibus, neque in hæredes datur, *l. injuriarum 13. in pr. de injur.* Quod non datur in hæredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus: quod hæredibus non datur, ejus proprium eſt, & hanc rationem habet: quod in ea non principaliter de damno ſarciendo, ſed de contumelia vindicanda agitur, *l. 7. §. 1. eod.* quam vindictam, ſi injuriam paſſus lite non inſtituta deceſſerit, tacite remiſiſſe intelligitur: de quo dixi ad *§. ult. ſup. de injur.* & hinc eſt, quod actio injuriarum in bonis noſtris non computatur, antequam litem conteſtemur, *l. injuriarum 28. eod.*

Si qua alia ſimilis] Similes habes *in l. pen. de in jus voc. l. pen. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. C. de rev. don.* Huc etiam referri poteſt querela inofficioſi teſtamenti; nam & hæc injuriam exhæredato aut præterito illatam quaſi ulciſcitur, *Nov. 115. cap. 5.* & non niſi præparata ad hæredes tranſit, *l. 6. §. ult. cum l. ſeq. de inoff. teſt.*

Aliquando etiam ex contractu actio in heredem non competit.] Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrens ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt & in dolum conceptæ ſunt: quales ſunt: actiones in factum adverſus falſum tutorem, & adverſus menſorem, qui falſum modum dixit: item actio tributoria quæ dolum malum domini coërcet maleficioſe in diſtribuendo verſati: nam hæ actiones licet ex contractu ſint, tamen in hæredem rei, quia hac parte pœnales, non dantur, niſi de eo quod ad eum pervenit, *l. 9. §. 1. quod falſ. tut. l. 3. §. pen. ſi menſ. falſ. mod. l. 7. §. ult. de trib. act.* Alias ex contractibus ſucceſſores ex dolo eorum, quibus ſucceſſerunt, non tantum in id, quod pervenit ſed in ſolidum tenentur, *l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur. l. 7. §. 1. depoſ.* ubi Juriſconſultus eum dixiſſet; actionem depoſiti ex dolo defuncti in ſolidum 7 in hæredem dari, hanc rationem ſubjicit, *quanquam enim,* inquit, *alias ex dolo defuncti non ſolemus teneri, niſi pro ea parte, qua ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu reique perſecutione deſcendit, ideoque in ſolidum heres tenetur; plures vero pro ea parte, qua quiſq; heres eſt,* qui locus ſententiam noſtram mire confirmat. Ex his autem apparet, inſigniter errare Theophilum; qui pro exemplo adducit actionem depoſiti, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, ſi nihil ex eo dolo ad eum pervenit; contra tot expreſſos textus. Nec excuſari poteſt hoc obtentu, quod intellexerit actionem depoſiti miſerabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etſi nihil ad eum pervenit: & quamvis non in duplum, in ſolidum tamen: quoniam utique ſimplum ſolidum eſt, & pœna alterum tantum, *l. 1. §. 1. l. de eo 18. depoſ.*

Veluti] Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorundam Codicum delendam cenſent: quod mihi non videtur neceſſarium, cum & retenta ea conſtet. & recta ſit loci ſententia.

Fuerint conteſtata] Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, ſi ſemel incluſæ judicio fuerunt, quod fit litis conteſtatione, ſalvæ permanent, *l. omnes*

l. omnes 139. de reg. jur. Morte dicuntur perire pœnales, propertereaque in hæredes rei non dantur, licet active tranſeant: at lite conteſtata & active tranſeunt & paſſive, *l. omnes 26. l. ſciendum 58. de obl. & act. l. pœnalia 164. de reg. jur. l. un. C. ex del. def.* quod ex eo eſt, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3. §. idem ſcribit 11. de pecul.* Poſtea conſtitutionibus placuit, pœnæ perſecutionem transmitti, ſi modo reus vivus conventus fuerit, quaſi lite cum eo conteſtata, *l. 33. de obl. & act.* Apud nos pœnales actiones nullæ ſunt, ſi injuriarum actionem excipias; quoniam, ut ſæpe alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterum hæres ex delicto defuncti, etiamſi lis à defuncto conteſtata non ſit, tenetur non id tantum, quod ad eum ex delicto defuncti pervenit, ſecundum ſcita juris civilis, ſed damnum à defuncto datum ſarcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur: quod cum jure Canonico primum cautum eſſet, *c. in literis de rapt. c. ult. de ſepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. *Ioh. Fab. hic Covar. lib. 3. reſ. 3. n. 7. Imbert. in enchirid. Papon. lib. 24. arreſt. tit. 11. arreſt. 3. & ult.* De quo plura *Chriſt. vol. 3. dec. 22. n. 2. & ſeqq. add. Grœnevv. de ll. abrog. ad tit. C. ex delict. defunct. in quant. hæred.*

TEXTUS.

Si pendente judicio, reus actori ſatisfecerit.

2. *Supereſt, ut admoneamus, quod, ſi ante rem judicatam is, cum quo actum eſt, ſatisfaciat actori, officio judicis convenit eum abſolvere; licet in ea cauſa fuiſſet judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet: & hoc eſt, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia abſolutoria eſſe.*

NOTÆ.

1. CONVENIT EUM ABSOLVERE] Quod Th. interpretatur, *liberatum ab actione dimittere.* Alii, *officio judicis convenire, ut etiam ſententia ſua eum abſolvat*: quod & ratio juris exigere videtur, *l. 1. de reg. jur.* & reo utilius eſt propter exceptionem rei judicatæ.

OMNIA JUDICIA ABSOLUTORIA] Locus ſingularis.

COMMENTARIUS.

Quemadmodum debitorem ante acceptum judicium bonam fidem agnoſcentem & paratum ſolvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione ad ſolvendam pecuniam: *l. ſi debitori 21. de judic. l. ex judicat. 17. jud. ſolv.* ita etiam æquum eſt audiri eum, qui poſt acceptum judicium ante rem judicatam ſatisfactionem offerr, modo id omne offerat, quo jus actoris deterius factum eſt, & in quod alias fieret condemnatio, *fac. l. ſi rem 73. de proc. l. 5. de publ. & vect. l. ult. quæ in fraud. cred.*

Eum abſolvere] Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut ſimpliciter reus ſatisfaciens dimittendus ſit ab inſtantia, & liberandus moleſtiis judicialibus, quomodo Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut abſolvendus ſit etiam ſententia judicis: quod poſterius & rationi juris magis convenire videtur, cum judici incumbat aut damnare reum aut abſolvere, *l. 1. de re jud.* & reo longe utilius eſt, quoniam alias non haberet exceptionem rei judicatæ.

TITULUS XIII.

D. lib. 44. t. 1. C. lib. 8. t. 36.

De Exceptionibus.

Ratio diſpoſitionis. Omnem reum ad defenſionem ſuam vel inficiatione uti, vel depulſione: & quid utraq. Quid ſi exceptio: unde hoc nomen natum: & alia obſervatu digna.

Quicquid in judicium deducitur, aut actio eſt, aut exceptio; actio à parte actoris, cujus in omni judicio ſunt partes primæ; exceptio à parte rei, cujus ſunt ſecundæ. De actionibus hactenus quæſitum eſt: de exceptionibus adhuc cognoſcendum: & quidem de his ſolis: nam præter has, ſi ab actione diſceſſeris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui judicio contendere paratus ſit, ad defenſionem ſuam aut inficiatione utitur, aut depulſione. Inficiatio eſt, cum negat, ullam actori eſſe actionem de eo, quod petitur. Ea vero aut ſimplex eſt, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cum reus ſimpliciter negat, id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam, quæ ab actore petitur, ſibi datam eſſe. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum confitetur quidem, actionem aliquando actori competiiſſe, ſed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto poſtea amiſſam: exempli gratia; ſi actorem dicat ideo agere non

non poſſe, quia actio ipſo jure ſublata ſit, puta ſolutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio aperte nihil in judicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantum quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id eſt, ſolum tractatur in judicio, an verum ſit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi à reo oppoſitæ diſputatur: ac probante actore reus condemnatur; non probante, ſimpliciter abſolvitur. *Covar. in c. poſſeſſor. mal. fidei. de reg. jur. in 6. p. 1. relict. init. num. 5. Weſ. par. hoc tit. nu. 2.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubie in judicium deducitur, ac proinde à reo probanda eſt, *l. 1. C. de prob.* ſed deducitur per conſequentiam duntaxat: principaliter enim eo ſpectat, ut oſtendatur, vere negare reum, actionem actori competere. Depulſio eſt, cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quam in facto, ea defenſione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defenſio in uſu juris exceptio appellatur. Si quis hic mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortaſſis non nihil fructus etiam inde ſibi ad hæc melius intelligenda ſumere. Exceptio igitur eſt defenſio rei, quæ actioni, alioqui jure conſtitutæ, oppoſita, hanc ipſam æquitatis ratione excludit: hic in *pr. l. 12. de dol. mal. exc. l. 2. hoc tit.* Exceptio omnis recte defenſio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum cauſa, *h. t. in pr.* At non omnis defenſio exceptio eſt, ſed ea tantum, quæ actionem jure conſtitutam repellit. Quæ vero allegationes oſtendunt, actionem ipſo jure ſublatam eſſe, veluti cum debitor ſolutionem allegat, defenſiones dici poſſunt, exceptiones non poſſunt. Pugnantia ſunt Juriſconſultis, liberari ipſo jure & liberari per exceptionem. *l. qui ſervum 34. §. 1. de oblig. & act.* quanquam uſu interpretum jam obtinuit, ut omnis generis defenſio, quæ modo agentis intentionē repellit ſive juris ſive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias eſſe juris tradunt, alias facti & intentionis. *Mynſ. ad rubr. hic nu. 12. Greg. Thol. 21. ſynt. 17. n. 5. vid. Covar. d. l. n. 4. & 5.* Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, ſi exceptio actioni opponatur; unde paſſim legimus, exceptionem opponi, objici, obſtare, exceptione occurrere, &c. Etenim omnis defenſio exceptionis in facto rei poſita eſt, omiſſa ad liberationem reo non prodeſt. De tempore opponendæ exceptionis dicemus inferius. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod ſub exceptione dabatur: ſic enim prætor ſubjiciebat, *niſi, ſi non, extra quam ſi,* illud aut illud factum erit; aut ſi quæ particulæ eandem vim habent. Atque hinc idem factum, ut exceptio omnis conditio appellaretur, *l. exceptio 22. hoc tit.* ubi quæ extat definitio exceptionis, à conceptione ſumpta eſt, ſicut Ulp. in *l. 2. eod.* ab effectu & utendi modo *v. Duar. ad l. 7. §. 2 de pact. Cujac. 5. obſ. 34. P. Fab. ad l. 154. de reg. jur.* Sed & exceptio omnis præſcriptio dicta: & inde Græcis παραγραφὴ *l. pen. h. t. l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. judicati. 29. de exc. rei jud. l. ſi debit. 91. de ſolut.* cum ſimilib. de cujus verbi ratione conſ. *Alc. de quinq. ped. praſcr. Don. in rubr. C. h. t. n. 15. Ravard. 1. de præjud. 8. Pet. Fab. 1. ſemeſtr. 21.*

TEXTUS.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus diſpiciamus. Comparatæ autem ſunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut licet ipſa perſecutio, qua actor experitur, juſta ſit, tamen iniqua ſit adverſus eum, cum quo agitur.

NOTÆ.

Ut de exceptionibus] Exceptio eſt defenſio rei, quæ actioni, alioqui jure conſtitutæ, oppoſita, hanc ipſam æquitatis ratione excludat, *l. 2. hoc tit.* alias præſcriptio dicitur, *lib. 8. C. tit. 35.* Græcis παραγραφὴ.

Justa sit] Inſpecta ſcil. ſtricta ratione & rigore juris: iniqua autem, inſpecta ſumma ratione & naturali æquitate. Quæ autem allegationes oſtendunt actionem ipſo jure ſublatam eſſe, veluti cum debitor ſolutionem allegat, exceptiones proprie non ſunt, ſed aliæ ſpecies defenſionum.

Commentarius.

Defendendorum eorum gratia] Unde vulgo notant, exceptiones eſſe juris naturalis & gentium, cujus ſcilicet juris defenſio eſt, *Weſ. par. hoc tit. n. 8.* Ob eandem cauſam nonnulli cenſent, verbum excipere translatum eſſe ab armis militaribus ad forenſia puta clypeo aut ſcuto, quibus tela in nos directa excipimus & retundimus. Non male fortaſſis, ſed non ex uſu auctorum juris.

Ipſa perſecutio juſta ſit] Non continuo, ſi actio juſta ſit, id eſt, ipſo jure comparata, ſeu ſummo jure conſtituta, juſta eſt in eum, qui cum agitur: verbi gratia, ſi quis dolo inductus ſtipulanti promiſerit, is quidem ſubtilitate juris ex promiſſione ſua obligatur: ſed quoniam per machinationem adverſarii obliga-

tus eſt, iniquum eſt, eum condemnari, ac proinde contra agentem exceptio doli ei oppoſita eſt, ne cui dolus ſuus per occaſionem juris civilis contra naturalem æquitatem proſit. *l. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Quod ſi nulla ſubſit actio jure civili conſtituta, vel quia reus dicit, nullam unquam actori competiiſſe, vel eam quæ fuit, ipſo jure ſublatam, hæc allegatio exceptio proprie non eſt, ſed alia ſpecies defenſionis, ut jam ante oſtendimus.

TEXTUS.

Exempla. Quod metus cauſa de dolo, in factum.

1. *Verbi gratia, ſi metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus ſtipulanti Titio promiſiſti, quod non debueras promittere, palam eſt, jure civili te obligatum eſſe, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax eſt: ſed iniquum eſt, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus cauſa, aut doli mali, aut in factum, compoſita ad impugnandam actionem.*

NOTÆ.

JURE CIVILI TE OBLIGATUM] Id eſt, ſubtilitate juris civilis, *d. l. 36. de verb. obl.* Dolus metusve adhibitus, non impedit, quo minus actio naſcatur, *l. 5. C. d. inut. ſtip.* Verum enim utique eſt alterum ſtipulatum eſſe, & te promiſiſſe, atque ita contractam verborum obligationem.

DATUR TIBI EXCEPTIO] *d. l. 36. d. l. 5. & tot. tit. de dol. mal. & met. exc.* & ita eventu inſpecto inanis efficitur actio oppoſita exceptione, *l. 112. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur qui metu coactus promiſit, ipſo jure obligetur.*
2. *Quæritur idem de eo qui dolo inductus.*
3. *De quo genere erroris hic locus accipiendus.*
4. *Exceptio in factum qualis, & unde.*

ILluſtrat exemplis, quod dixit ſæpe accidere, ut actio, qua quis experitur, ſummo jure teneat, ſed iniqua ſit adverſus eum, cum quo agitur. In univerſum autem id accidit dupliciter, vel quia poſtea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantum ſuperſit ſolius vinculum juris civilis; quod quidem ita nos aſtringit, ut ſummo jure in nos ſit actio, ſed quæ propter defectum æquitatis ſit inefficax ad condemnationem, ſi exceptio opponatur.

C

Metu coactus] Qui metu coactus aliquid promittit, ipſo jure obligatur propter conſenſum; quia voluntas, licet coacta, voluntas tamen eſt, *l. ſi mulier. 21. §. pen. quod met. ca.* nimirum utrum quid voluntarium ſit, an involuntarium, ex eo tempore æſtimatur, quo geritur. Jam vero illud, quod eligitur, quo tempore metus infertur, reſpectu majoris mali, quod vitatur, boni rationem habet, & ea conſideratione objectum eſt voluntatis: de quo conſ. *Ariſtot. 3. eth. 1.* Cæterum naturaliter obligatus dici revera non poteſt ob defectum vinculi æquitatis: quoniam conſenſus & voluntas iſta non fuit libera; neque promiſiſſet aut voluiſſet extra metum majoris mali poſitus. Atque hinc explicandi loci, in quibus traditur vim atque metum conſenſui eſſe contrarium, *l. nihil 116. de reg. jur. cum ſimil.*

Dolo inductus] Etiam qui dolo inductus ſtipulanti promiſit, quod alias non promiſiſſet, ſubtilitate juris obligatur: quia utique verum eſt, eum promiſiſſe: ſed & hæc obligatio naturali æquitatis vinculo deſtituitur propter dolum & machinationem ſtipulatoris aliud agentis, aliud ſimulantis, *l ſi quis 36. de verb. obl. l. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Circa dolum, qui cauſam contractui præbet: videlicet ſi quis in hoc circumſcriptus ſit, ut contraheret, cum alias contracturus non fuiſſet, recepta eſt vulgaris diſtinctio inter contractus bonæ fidei & ſtricti juris, quod illi hoc caſu jure nullius momenti ſint, *arg. l. 7. in pr. de dol. l. in cauſa 16. §. 1. de minor.* hi ipſo jure ſubſiſtant, & actionem producant, ut proinde hic ſemper excipiendum ſit, ſive dolus cauſam contractui dederit, ſive inciderit, *d. l. ſi quis 36. de verb. oblig. l. 5. C. de inutil. ſtipul.* de quo prolixe *Bachov. diſp. 6. de act. theſ. 17.*

Errore lapſus] Quod hic dicitur, etiam eum, qui errore inductus ſtipulanti promiſit, jure civili obligari, ſed non videtur convenire cum eo, quod paſſim traditur, eos, qui errant, non conſentire, conſenſui nihil magis eſſe contrarium errore, *l. non conſentiunt. 15. de juriſd. l. 2. de judic.* Nam ſi conſenſu nullus contractus ac ne ſtipulatio quidem conſiſtit, *l. 1. §. 3. de pact.* Reſp. Error non eſt unius generis. Si in perſona aut re promiſſa erratum ſit, cum de alia ſtipulator, de alia promiſſor ſentiret, fateor, nullam contrahi obligationem, quia talis error conſenſum non habet. At error in cauſa promittendi, de quo hic agitur, non omnino conſenſu deſtituitur, & ideo ſummo jure hic naſcitur obligatio, *d. l. ſi quis 36. de verb. obl. l. Julian. 7. de dol. mal. exc. vid. not. ad §. ſi de alia. 22. ſup. de inut. ſtip.*

Efficax eſt] Per ſe ſcilicet ac vi ſua, hoc eſt, ſi pura eſſet, neque exceptione corrigeretur. Jam autem ex-

exceptio efficit, ut ad condemnationem ſit inefficax, *l. nihil intereſt. 112. de reg. jur.*

Exceptio quod metus cauſa] Exceptio quod metus cauſa in rem ſcripta eſt, *ſi in ea re nihil metus cauſa factum eſt*: ut non inſpiciamus, an is, qui agit, metus cauſa fecerit, ſed an omnino metus cauſa factum ſit in ea re à quocunque, non tantum ab eo, qui agit, *l. 4. § pen. de dol. mal. except.*

Aut doli mali] Exceptio doli mali perſonam complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione ſpecialiter exprimendum eſt, de cujus dolo quis quæratur non in rem, ſi in ea re nihil dolo malo factum eſt: ſed ſic, *ſi in ea re nihil dolo actoris factum eſt l. 2. §. 1. d. l. 4. §. pen. de except. dol. mal.*

In factum] In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere poteſt, ut error interveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellari ſolent, uti illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipue ſubſidiariæ, de quibus explicatum *§. ult. ſup. de leg. Aquil.* Et ſicut ob qualitatem perſonæ, quæ convenitur, in factum agendum; quo caſu adverſus alium eſt actio de dolo *l. non debet 11. §. 1. de dol.* ita agente hujuſmodi perſona, quo caſu adverſus alios exciperetur de dolo, in factum excipiendum eſt, *l 4. adverſus 16. de dol. exc.* Opponitur autem hoc loco exceptio in factum exceptioni doli mali non generali, ſed ſpeciali, quæ naſcitur ex eadem cauſa, ex qua actio de dolo, nempe ex dolo inter initia adhibito, *l. 5. C. de inut. ſtip.* ſive ut eſt in textu noſtro, ſi quis dolo inductus ſtipulanti promiſerit. Nam generalis exceptio doli, ſicut cum aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum, concurrit; quoniam datur ex omni cauſa ob quam id, quod petitur, exceptione elidi poteſt, quamvis inter initia nihil dolo factum ſit. Ut in ſumma exceptio doli generalis toties competat, quoties actor per occaſionem juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur, *l. 1. §. 1. l. 2. §. & generaliter. 5. l. 4. §. pen. l. 7. l. 12. de dol. exc. l. ſi quis 36. de ver. obl. l. 5. C. de pact. cum ſimilib.*

TEXTUS.

De non numerata pecunia.

2. *Idem juris eſt, ſi quis quaſi credendi cauſa pecuniam à te ſtipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere poſſe eum, certum eſt: dare enim te oportet, quum ex ſtipulatione tenearis. Sed quia iniquum eſt, eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (ſecundum quod jam ſuperioribus libris ſcriptum eſt) conſtitutione noſtra coarctavimus.*

NOTÆ.

2. CUM EX STIPULATIONE TENEARIS] Igitur quod Paulus reſpondet, te nondum obligatum eſſe, *l. 30. de reb. cred.* de exitu intelligendum eſt, cum habeas exceptionem peremptoriam.

EXCEPTIONE PECUNIÆ NON NUMERATÆ] *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc.* Hinc patet exceptionem hanc non modo actioni ex chirographo opponi poſſe, ſed etiam actioni ex ſtipulatu.

CONSTITUTIONE NOSTRA COARCTAVIMUS] Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis eſſet, à Juſtiniano facta eſt biennis, *ſup. de lit. obl.*

COMMENTARIUS.

Qui quaſi credituro ſtipulanti pecuniam ſpoſpondit, jure civili obligatus eſt, ſed adjuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, *l. 2. §. 3. in fin. de dol. exc.* ubi Ulp. ait, ei, qui crediturus pecuniam ſtipulatus eſt, nec credidit, etſi certa fuit cauſa ſtipulationis, quæ tamen aut non eſt ſecuta, aut finita eſt, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantum actioni ex chirographo, ſed etiam actioni ex ſtipulatu opponi ſolebant: quippe creditores pecuniam ſæpe ſtipulari prius, deinde ſtipulationis implendæ cauſa adnumerare; qua ratione una ex ſtipulatu naſcebatur obligatio, *l. 6. §. 1. & l. ſeq. de nov.*

Cujus tempora] Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis eſſet, à Juſtiniano biennis tantum facta eſt, *ſup. tit. de lit. obl.* ubi fuſe de hac exceptione diſſerimus.

TEXTUS.

De Pacto.

3. *Præterea debitor ſi pactus fuerit cum creditore, ne à ſe pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet; quia pacto convento obligationes non omnino diſſolvuntur: qua de cauſa efficax eſt adverſus eum actio, quam actor intendit,* ſi paret eum

eum dare oportere: *ſed quia iniquum eſt, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

COMMENTARIUS.

Species exceptionum, quæ præceſſerunt, jam à principio naſcuntur in re contrahenda; quæ ſequuntur, ex cauſa poſtea interveniente emergunt.

Nihilominus obligatus manet] Qui cum creditore pactus eſt, ne à ſe pecunia peteretur, is nihilominus ipſo jure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non eſt, ut ullam civilem obligationem pariat, ita nec eam, quæ conſtituta eſt, ſive re, ſive verbis, ipſo jure tollere poteſt *l.7.§.ſed cum 4.l ſi unus 27.§.2.de pact. l.5.l 10.& l.13.C.eod.* Plane nudi conſenſus obligatio, ubi res adhuc integra eſt, pacto convento tollitur etiam ipſo jure, *§.ult. ſup. quib. mod. toll.obl.* ubi ejus rei ratio à me expoſita eſt.

Sed quia iniquum eſt] Quamvis debitor, qui pactus eſt, ne à ſe pecunia peteretur, non liberatur jure civili, liberatur tamen interventu prætoris qui vel actionem denegat, ſi de pacto conſtet; vel ſi non conſtet, addit exceptionem, *extra quam ſi pactum ſit, ne pecunia petatur:* quo apud judicem datum probato, debitor abſolvitur, effectuque idem conſequitur, quod liberati ipſo: eoque pertinet *l. nihil intereſt. 112. de reg. jur.*

TEXTUS.

De jurejurando.

4\. *AEque ſi debitor creditore deferente juraverit, nihil ſe dare oportere, adhuc obligatus permanet: ſed quia iniquum eſt de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque neceſſariæ ſunt exceptiones; veluti ſi petitore deferente poſſeſſor juraverit, eam rem ſuam eſſe, & nihilominus petitor eandem rem vindicet. Licet enim verum ſit, quod intendit, id eſt, rem ejus eſſe: iniquum tamen eſt, poſſeſſorem condemnari.*

NOTÆ.

4\. JURAVERIT] Aut cum jurare paratus eſſet, remiſſum ei fuerit jusjurandum, *l.9. §.1. de jurejur.*

JURAVERIT REM SUAM ESSE] Aut petitoris non eſſe, *l.3. §.1. l. 11. pr. d. t.*

COMMENTARIUS.

Exceptioni pacti conventi affinis eſt exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum, de quo hic quæritur, in ſe conventionem habet, propter quam non minus ſervatur, quam propter religionem, *l ſed & ſi 25. & l.ſeq in fin. de jurejur.*

Creditore deferente juraverit] Verba edicti, quo prætor jusjurandum rei tuetur, hæc ſunt; *Si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo, l.3.in pr. junct. l. 7. de jurejur.* Ait *conditione delata*: unde intelligimus, ſi reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, prætorem id jusjurandum non tueri, *d.l.3.* Quod negat, ſe in eum, qui juraverit, actionem daturum, id ſic acceptum eſt, ut in re certa, ſi prætori conſtet reum prius conditione delata juraſſe, actio ſimpliciter denegetur: ſin autem de eo controverſia ſit, ambigaturque an reus juraverit, tum locus ſit exceptioni jurisjurandi, *l.9 in pr. eod.* Neque hoc proprium eſt jurisjurandi, ut nonnulli putant; ſed locum habet etiam in cauſis aliis, unde exceptiones naſcuntur. Perridicule enim juberet prætor de eo apud judicem quæri quod ſibi exploratum, & inter litigatos confeſſum eſt.

Adhuc obligatus permanet] Nam jusjurandum non magis, quam pactum, modus eſt diſſolvendæ obligationis jure civili conſtitutæ: ſed tantum naturalem obligationem tollit, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſol.*

Quia iniquum eſt de perjurio quæri] Dicendum potius fuerat, meo judicio, quia jusjurandum ex conventione proficiſcitur, & ſpeciem tranſactionis continet, *l. 2. l. ſed & ſi 25. & l.ſeq §.ult. de jurejur.* Nam illa alia quæſtio eſt, an exceptio jurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitore deferente poſſeſſor juraverit] Etiam is, qui actione in rem conventus petitore deferente juravit, exceptione jurisjurandi, ſi petitor eandem rem iterum vindicet, adjuvatur, *l.3.§.1 d.tit.* ſive juraverit rem ſuam eſſe, ſive petitoris non eſſe: quanquam hoc amplius ei, qui juravit, rem ſuam eſſe, amiſſa profeſſione etiam actio in factum datur ad rem recuperandam, ſi is, qui jusjurandum detulit, poſſeſſionem nactus eſt. Cæterum adverſus alium poſſeſ-

ſorem prærogativa jurisjurandi non utitur: quoniam non debet alii nocere; quod inter alios actum eſt, *l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. t.*

TEXTUS.

De re judicata.

5. *Item ſi judicio tecum actum fuerit, ſive in rem, ſive in perſonam, nihilominus obligatio durat: & ideo ipſo jure de eadem re poſtea adverſus te agi poteſt: ſed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.*

COMMENTARIUS.

NOn ut quisque judicio abſolutus eſt, ita ſtatim & ipſo jure tollitur jus actoris. Quid enim ſi judex perperam pronuntiaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ ſtatur ſententiæ, à qua appellatum non eſt: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica ſuaſit utilitas, alioqui modus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem, *l. 3. de exc. rei jud.* Comparata eſt autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei cauſa, qui ſententia judicis abſolutus eſt, ſive debitor ſit; ſive poſſeſſor: ei vero, contra quem judicatum eſt, hæc exceptio nunquam datur, *l. evidenter. 16. eod. t.* Cui non obſtat, *l. 4. C. depoſ.* nam qui in ſortem tantum reum condemnat, vi ipſa de uſuris abſolvit.

Obligatio durat] Aut hoc referendum eſt ad actionem in perſonam, quoniam in rem actio non deſcendit ex obligatione; aut verbum obligationis contra uſum veterum, qui eo in vendicationibus nunquam utuntur, laxius accepit. Theophilus videtur legiſſe, *actio durat.* Sic enim hûc locum convertit: *αἱ μὲν ἀγωγαὶ μένουσιν*, eaque lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Chriſtoph. Riccius in vendic. jur. præmeſſ. *c. 19.* nullam equidem cauſam video.

Per exceptionem rei judicatæ] Hæc autem exceptio non aliter agenti obſtat, quam ſi eadem quæſtio inter easdem perſonas revocetur, *l. 3. de exc. rei jud.* Itaque ita demum nocet, ſi omnia ſint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem cauſa petendi, eademque conditio perſonarum: quæ qualia ſint, late explicatur in *l. cum quæritur. 12. cum ſeqq. eod.*

TEXTUS.

De cæteris exceptionibus.

6. *Hæc exempli cauſa retuliſſe ſufficiat: alioqui quam ex multis variisque cauſis exceptiones neceſſariæ ſint, ex latioribus Digeſtorum ſeu Pandectarum libris intelligi poteſt.*

COMMENTARIUS.

JUſtinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque cauſas proximas, quæ multæ & variæ ſunt, ſingularim recenſere: ſed celebrioribus tantum exempli loco propoſitis, de reliquis jubet conſuli volumen *π*. *lib. D. 44. tit. 1. cum ſeqq.*

TEXTUS.

Diviſio prima.

7. *Quarum quædam ex legibus, vel iis, quæ legis vicem obtinent, vel ex ipſius prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt.*

NOTA.

7. Ex PRÆTORIS JURISDICTIONE] Veluti quod metus cauſa, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

COMMENTARIUS.

HÆc exceptionum diviſio ſumpta eſt à cauſa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. *1. ſup. de oblig.* & actionum, §. *3. ſup. de act.*

Ex legibus] Exceptionum ex legibus proprie dictis deſcendentium nulla mihi occurrit. Arbitror tamen, exceptionem rei judicatæ eſſe ex lege 12. tabularum.

Quæ legis vicem obtinent] Intelligit Principum conſtitutiones & Senatusconſulta. Ex Principum conſtitutionibus ſunt exceptiones diviſionis & ordinis, item præſcriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena à fiſco vendita, *tit. C. de quadriennii præſcr.* quinquennii adverſus querelam inofficioſi teſtamenti: triginta annorum in actionibus perſonalibus, item in rebus, quæ uſucapi, aut longo tempore acquiri non poſſunt, *l. 3. & 4. C. de præſc. trig. ann.* decem dierum in cauſa appellationis, &c. *auth. hodie C. appell.* Ex Senatusconſultis ſunt duæ, exceptio Senatusconſulti Macedoniani de pecunia filioſa. credita, & exceptio Vellejani de intercesſione mulieris.

TEXTUS.

Diviſio ſecunda.

8. *Appellantur autem exceptiones aliæ per-*

perpetuæ & peremptoriæ; aliæ temporales & dilatoriæ.

COMMENTARIUS.

QUarundam exceptionum hæc vis eſt, ut rem, de qua agitur perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi poſſit: aliæ vero ad tempus tantum nocent, & in id tempus duntaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ ſunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit.* Eſt igitur hæc diviſio ſumpta ab effectu.

TEXTUS.

De peremptoriis.

9. Perpetuæ & peremptoriæ ſunt, quæ ſemper agentibus obſtant, & ſemper rem, de qua agitur, perimunt: qualis eſt exceptio doli mali, & quod metus cauſa factum eſt, & pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur.

NOTÆ.

Doli mali] Quamvis actio de dolo ſit temporalis: differentiæ rationem indicat Paul. *l. 5. §. ult. de dol. mal. exc.*

Et pacti conventi] Huc etiam pertinent exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIUS.

1. *Perpetuæ exceptiones unde dictæ.*
2. *Exceptio doli cur perpetua, cum actio de dolo temporalis.*

QVæ ſemper agentibus obſtant, &c.] Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipſam & nomina indicant, hæc eſt, quod oppoſitæ & probatæ ſemper agentibus obſtent, & rem, de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaurire, *l. 2. C. de prec. imp. off.* non enim actionem ſolum, ſed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam ſi ſublata eſſet ipſo jure: ut non abs re ſcriptum ſit, nihil intereſſe utrum actionem quis non habeat, an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur; & proindebito haberi id, cujus petitio ita repelli poteſt, *l. nihil intereſt 112. de reg. jur. l. 3. §. 1. de conſt. pec. l. qui exceptionem 40. de cond.* Dictæ igitur ſunt perpetuæ non à tempore proponendi, quod quacunque judicii parte opponi poſſunt, ut male DD. & Mynſ. *hic num. 2.* nam & dilatoriæ quædam poſt litem conteſtatam objici poſſunt, ut poſtea oſtendemus: ſed à tempore, quo effectus propoſitarum durat; eoque ſenſu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ vere perpetua eſt. *Bronch. 2. miſc. 52.* Cajus ſic definit. *Perpetuæ atq; peremptoriæ ſunt, quæ ſemper locum habent, nec evitare poſſunt, l. 3. hoc tit. ſc. ſemel oppoſitæ.*

Exceptio doli mali] Obiter hic notandum, exceptionem peremptoriam, quamvis naſcatur ex cauſa, ex qua actio nata eſſet temporalis, non ſolum eo ſenſu perpetuam eſſe, quo diximus, ſed etiam lapſu temporis non interire: verbi cauſa, actio de dolo temporalis eſt, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo, quia actor in ſua poteſtate habet, quando jure ſuo utatur; at in rei poteſtate non eſt, quando conveniatur, *l. 5. §. ult. de dol. exc.* Secus tamen eſt, cum quis jus ſuum, intra certum tempus lege definitum per modum actionis in judicio proponere potest, quia tunc illa ratio ceſſat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficioſi quinquennio finitur. *Gomez. 1. var. reſ. 11. n. 20. Coſtal. in l. 8. §. ſi filius 13. de inoff. teſtam.* 2

Quod metus cauſa, &c.] Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus cauſa, & pacti conventi perpetui, exempli tantum cauſa proferuntur. Sunt enim longe plures exceptionum peremptoriarum ſpecies. Nam huc etiam pertinent exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis, item non numeratæ pecuniæ; liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vendicanti objicitur, *tit. de exc. rei vend.* item Senatusconſulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium ſententiarum; *l. un. C. ne lic. in un. eod. ca.* quam exceptionem hodie non attendunt ſuprema tribunalia. *Mynſ. 1. obſ. 15. Gail. 1. obſ. 72. Chriſtin. vol. 4. dec. 122. Imb. lib. 2 inſt. for. Bugnon. lib. 1. leg. abrog. art. 253* denique præſcriptiones omnes, quæ reo ex tempore naſcuntur, & ſi quæ ſunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

TEXTUS.

De Dilatoriis.

10. Temporales atque dilatoriæ ſunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis eſt pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus

intra

intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia ſimilis, differre debent actionem, & poſt tempus agere. Ideo enim dilatoriæ iſtæ exceptiones appellantur. Alioqui ſi intra tempus egerint, objectaque ſit exceptio, neque eo judicio quicquam conſequebantur propter exceptionem, neque poſt tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant & conſumebant; qua ratione rem admittebant. Hodie autem non ita ſtricte hoc procedere volumus; ſed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre auſus ſit, Zenonianæ conſtitutioni ſubjacere cenſemus, quam ſacratiſſimus legiſlator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipſe actor ſponte indulſerit, vel quas natura actionis continet, ſi contempſerit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam paſſi ſunt: & poſt eas finitas non aliter litem ſuſcipiant, niſi omnes expenſas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti tempora litium doceantur obſervare.

COMMENTARIUS.

1. *Præſcriptio moratoria, & aliæ dilatoriarum numero.*
2. *Exceptio excuſſionis an dilatoria.*
3. *Dilatoria propter diem initio obligationi adjectum.*

Exceptiones temporales & dilatoriæ ſunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt dilatoriæ, quia ad tempus id faciunt, temporales appellantur. Cajus ſic eas definit; *Temporales atque dilatoriæ ſunt, quæ non ſemper locum habent, ſed evitari poſſunt, l. 3. hoc tit.*

Qualis eſt pacti conventi, cum ita convenerit, &c.] Hæc ab effectu appellari poteſt ſolutionis dilatoria. Cui ſimilis eſt præſcriptio moratoria à Principe impetrata, *l. 2. & l. 4. C. de prec. imp. off. l. in fraudem 45. §. in fiſcalibus, de jur. fiſc.* Solent enim Principes humanitatis cauſa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris paſſi, ſpatium aliquod ad ſolvendum petunt, quo ſe interim tueantur adverſus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellant literas ſalvi conductus, gratiæ, ſecuritatis. Noſtrates, *Brieven van atterminatie of reſpyt.* Qua de re conſulendi *Afflict. deciſ. 377. & ſeq. Surd. deciſ. 301. 307. 322. Boër. deciſ. 96. Teſſaur. deciſ. 186. Rebuff. de dilat. art. 1. gloſſ. 1. num. 9. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 70. & ſeq. Kintſchot. tract. de ſolut. induc.* Dilatoriarum numero ſunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. in fin. hoc tit. §. ult. inf. eod.* item præſcriptiones fori, *l. ult. Cod. eod.* ut exceptio incompetentiæ, recuſationis judicis. Hæ ſunt, quæ vulgo appellantur judicii declinatoriæ. *Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 4. cap. 2. 3. & 4.* Dilatoriæ quoque exceptiones ſunt, quæ adverſus inhumanam ſolidi petitionem conceduntur, *l. 16. & ſeqq. de re jud. §. item ſi 37. & ſeq. & §. ult. ſup. de act.* ubi vid. Item quæ ideo objiciuntur, quod actione qua agitur, præjudicium fit rei majori, *tit. Cod. de ord. jud.* Item exceptio cedendarum actionum, non impleti contractus, libelli generalis & obſcuri: item exceptio ſub & obreptionis; quæ tantum quatenus negotium principale concernit; peremptoriis annumerari poteſt. *Chriſtin. vol. 4. deciſ. 174. num. 5.* Denique exceptiones loci non tuti vel inhoneſti, termini anguſti, feriarum, & ſimil. de quibus late *Zanger. de except. part. 2.* Plerique etiam exceptionem diviſionis dilatoriam eſſe ſtatuunt: ſed rectius alii ad peremptorias eam referunt. *Sichard. ad l. 10. C de fidejuſſ. Broch. 2. miſc. 52. Zanger. de exc. part. 3. cap. 19.* Exceptio quoque excuſſionis quibusdam dilatoria eſt, quoniam ajunt, litem tantum differt, non perimit, ſiquidem creditor excuſſo debitore poteſt redire ad fidejuſſorem ſine metu hujus exceptionis. *Auth. præſente. C. de fidej. Fachin. lib. 8. cap. 52. Ant. Fab. C. ſuo. hoc tit. def. 1.* Verum ego & hanc ad claſſem peremptoriarum potius referendam arbitror: nam utique actionem perimit, quod ad fidejuſſorem attinet, ſi debitor ſolvendo eſſe reperiatur. Hoc vero ſufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, *l. ſufficit 56. de cond. ind. D. Tuld. comm. hic. cap. 6.* Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

Aut pacti conventi aut alia ſimilis] Puta, quod pecuniæ petitæ dies non venit. Nam & cum obligatio ab initio in diem contracta eſt, ipſo jure actio ſtatim naſcitur, ut abunde probavimus ad *§. 2. ſ. de verb. obl.* ſed præmature ſeu ante diem agens exce-

ceptione *cujus pecunia dies non venit*, repellebatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens, *l. 2. §. qui ita 6. de eo quod cert. loc. l. un. §. ult. quand. di. uſuſfr. leg. ced. l. liber. 118. §. 1. de verb. obl.* cauſæ amiſſione multabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis, *§. ſi quid agens 33. ſup. de act.* Cæterum ex conſtitutione Zenonis, confirmata à Juſtiniano, actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem conſumit, ſed hanc pœnam ſuffert, ut cogatur reliquas inducias rei conduplicare, iisque finitis non ante audiatur, quam ſumptus omnes prioris litis refuderit, *hoc text. in calce.* Quid hodie juris ſit, expoſui ad *d. §. ſi quis agens.*

TEXTUS.

De dilatoriis ex perſona.

11. Præterea etiam ex perſona ſunt dilatoriæ exceptiones, quales ſunt procuratoriæ, veluti ſi per militem, aut mulierem, agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex ſacro reſcripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis vero negotiis ſupereſſe ſine offenſa militaris diſciplinæ poſſunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipſius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perſpeximus, conquieſcere ſancimus; ne dum de his altercatur, ipſius negotii diſceptatio proteletur.

COMMENTARIUS.

1. *Variæ exceptionis dilatoriæ genera ratione objecti.*
2. *Exceptio procuratoria quotuplex.*
3. *Liceatne pluribus exceptionibus ejuſdem rei nomine ſimul uti.*
4. *Vſus exceptionum peremptoriarum in bonæ fidei judiciis: in his conteſtationem earum non fuiſſe neceſſariam.*
5. *In ſtrictis judiciis initio litis conteſtandas.*
6. *Quid ex interpretum ſententia hic receptum.*
7. *Vis exceptionum rei judicatæ, jurisjurandi, & transactionis.*
8. *Exceptiones juris etiam non conteſtatas usque ad ſententiam allegari poſſe.*
9. *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatæ.*
10. *Vſus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, diſceptari, &c. oportere: & quæ hinc excipienda.*
11. *Quæ exceptiones dilatoriæ etiam poſt ſententiam recte opponuntur.*
12. *Mores hodierni plerorumque tribunalium circa uſum exceptionum.*

Exceptionum dilatoriarum quædam tangunt negotium ipſum & cauſam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, præſcriptio moratoria, &c. Quædam conſtitutionem judicii. Atque ex his quædam perſonam judicis, ut exceptio ſuſpecti, & exceptio præventionis, de qua in *l. 7. de iud.* item ea, quæ ſpecialiter dicitur exceptio incompetentiæ, ſi videlicet apud eum agatur, cujus de ea re, de qua agitur, aut in perſonam, cum qua agitur, juriſdictio non eſt. Quædam perſonam adverſarii, puta quod idoneam perſonam ſtandi in judicio non habet, *tit. C. de his qui perſ. legit. &c.* Quædam perſonam procuratorum, vel quia procuratores non ſunt, vel quia procuratores eſſe non poſſunt, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 2. § ult. l. 3. hoc tit.* Sed nec incommode quis dixerit, dilatorias omnes comparatas eſſe adverſus quamcunque perverſam judicii inſtitutionem; ſive quia perſona judicis, aut adverſarii, aut procuratoris, idonea non eſt ad judicium exercendum; ſive quia actio, quæ intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori cauſæ præjudicium fiat; & generaliter quæcunque judicium transferunt, vel commutant in alias perſonas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde à Cicerone *lib. 1. & 2. de invent.* appellantur translationes, & judicii commutationes. 1

Quales ſunt procuratoriæ] Exceptiones procuratoriæ ex perſona dilatoriæ ſunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorſus inficiatur litem, ſed perſonam evitat, *l. 2. in fin. hoc tit.* Exceptio autem procuratoria duplex eſt: 2 nam aut omnino procurator eſſe negatur, veluti ſi dicatur mandatum non habere: *l. inter quas 39. §. pen. de damn. inf. l. licet, Cod. de proc.* aut à pupillo ſine auctoritate tutoris conſtitutus: *l. in exceptionibus 19. §. 2. de prob.* aut eſſe non poſſe contenditur, veluti ſi miles ſit, aut mulier; cujusmodi exceptionum vix ullus hodie uſus eſt, ut liquet ex iis, quæ *ſup. ad §. 1. de iis per quos ag.*

Mulierem] Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet, *l. 2. de reg. jur. l. 1. de poſtul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defenſorio nomine ſuſcipere poſſunt, *l. neque fœmina 54. de proc. l. alienam*

num. 18. C. eod. ubi Impp. ajunt, alienam ſuſcipere defenſionem virile eſſe officium, & ultra ſexum muliebrem. Plane alias actiones in rem ſuam & proprium lucrum ſibi mandatas exercere non prohibentur; *l. 4. C. eod.*

Militibus nec pro patre] Milites ne pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis reſcriptum impetraverint, procuratores eſſe poſſunt, *l 8. §. 2. d. proc. l. 7. C. eod.*

Suis negotiis] *L. 9. C. de proc.* ubi Imp. militibus non tantum ſuas cauſas agere, verum etiam ſi in rem ſuam procuratores conſtituti ſint, alienas actiones perſequi permittit.

Propter infamiam] Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores eſſe, neque procuratorem dare potuiſſe, quanquam per ſe agere poterant. Juſtinianus autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quieſcere jubet. Utrique ubi de infamia non aperte conſtat, & ob id diſceptatio negotii protelanda. Operæ pretium facturus videor, ſi hic aliquid ſubjecero de recto uſu exceptionum exercendarum.
3 De eo duplex fere quæſtio eſt; una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc quæſitum, liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine ſimul uti. Movet exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum conſtat una tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus, quamvis diverſis, modo ne ſe invicem deſtruant, eodem tempore uti poſſit, hoc effectu ut ſi in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur, *l. 5. l. 8. hoc tit. l. nemo 43. de reg. jur. cap. nullius, eod. in 6. D D. comm. in d. l. 8. Zaſ. ibid. n. 4. Covar. 1. var. reſ. 2. num. 2.* Differentiæ ratio eſt, quod agere actori liberum eſt, defendere reo non item. Non iniquum in actore laceſſendi libertatē uno genere actionum circumſcribere: reo vero, cui non ſemper ſui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma ſuppeditare, humanum eſt. De tempore
4 objiciendæ exceptionis ita in peremptoriis jus olim fuit, ut in bonæ fidei judiciis neceſſe non eſſet exceptionem initio litis conteſtari, ſed eam quandoq; ante rem judicatā opponere liceret. Cui non obſtat, quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum eſt, excedere poteſtatem judicis non poſſe: nam in bonæ fidei judiciis verba ipſa judicii dati exceptionē tacite includunt, cum in his jubeatur judex judicare ex æquo & bono: idque veteres ſignificant, cum ajunt, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, his contineri, etſi non excipiatur, ſatis tamen per officium judicis conſuli, *l. 3. de reſc. vend. l. hujusmodi 84. §. qui ſervum de legat. 1. l. plane 38. l. ult de her. pet.* In ſtrictis vero judiciis exce-
5 ptionem in principio litis nominatim conteſtari neceſſe erat, & vel à reo agnoſcente intentionem actoris ſtatim probari, vel à dubitante tantiſper omiſſam, donec actor intentionem ſuam probaſſet, antequam ſententia ferretur, ad diſceptationem opponi. Textus clari in *l. 9. C. de præſc. long. temp. l. 8. & l. 9. C. hoc tit.* Cæterum non conteſtatam poſtea objicere nego pro arbitrio licuiſſe. Cujus ego rei fortiſſimum hoc argumentum habeo. Certum eſt, ultra id, quod in judicium deductum eſt, judicis poteſtatem non excedere, *l. 18. comm. div.* Atqui in ſtrictis judiciis nihil in judiciū deductum intelligi poteſt, de quo lis non aperte conteſtata ſit. Nam ſive veterum judiciorum rationem conſiderare volumus, palam eſt, exceptiones in jure apud prætorem proponi debuiſſe, qui deinde formulæ eas includebat; ſive mutatam poſtea judiciorum formam conſtat, eandem judicis poteſtatem manſiſſe liberam in bonæ fidei judiciis, in contrariis adſtrictam iis rebus, quæ nominatim in judicium deductæ ſunt, ut proinde in his nihilominus neceſſe fuerit exceptionem in exordio litis conteſtari. Atque ita ſæpiſſime reſcriptum eſt, poſtquam jam à Diocl. *l. 2 C. de ped. jud.* ſublata eſſet judicis dandi licentia, *l. 8. l. 9. C. hoc tit. l. 9. C. de præſc. long. temp.* Quibus non obſtat *l. 2. C. ſent. reſc. non poſſ.* Nam omiſſas ibid. ex *d. l. 8. & 9. hoc tit* accipere debemus: non quarum nulla mentio initio facta: ſed quæ conteſtatæ poſtea omiſſæ, id eſt, dilatæ ſunt ad probationem & diſceptationem. *Don. ad d. l 8. num 7. Gudelin. lib. 4. cap. 8.* Cæterum plu- 6
rium ſuffragiis probatum, uſuque receptum eſt, ut hujus generis exceptiones etiam non conteſtatæ usq; ad ſententiam recte objiciantur, vid. *Mynſ. 1. obſ. 24. Marant. §. 6. num. 12. Gail. 1. obſ. 74. num. 13. Weſ. par. 7.* quod eo facilius nunc admittendum, quia diſcrimen judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris pene ſublatum eſt, ut alibi demonſtravi. Exceptiones rei judi 7
catæ, jurisjurandi, & tranſactionis hoc ſpeciale habent, quod impediant litis ingreſſum, modo paratam earum reus probationem habeat: unde & litis finitæ appellantur *Chriſtin. d. deciſ. n. 7. Gudelin. lib. 4. cap. 7. ſect. 1.* quanquam ſi initio oppoſitæ non ſunt ad impediendum proceſſum, nihilominus poſtea opponi poſſunt ad juſtitiam cauſæ. *Chriſt. d. dec. num. 18. & ſeq.* Sciamus autem, ea, quæ de conteſtatione harum exceptionum diximus, dicta eſſe de exceptionibus facti, quibus aliquid factum eſſe intendimus, quod proinde & probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus 19. de prob.* quæ enim quæſtionem facti habent, non poſſunt intelligi in judicium deduci, niſi facti conteſtatione. Diverſa autem cauſa eſt ex- 8
ceptionum juris, id eſt, earum, quæ alicui conditione ipſa perſonæ jure tribuuntur, qualis eſt exceptio diviſionis epiſtola D. Hadriani fidejuſſoribus tributa. Nam hoc genus conteſtari neceſſe non eſt, ſed ſufficit quan-

quandoque, ante ſententiam allegari, *l. 10. C. de fidejuſſ & ibi D. Ant. Fab. C. ſuo. hoc tit. defin. 1. num. 3.* Nimirum auxilium diviſionis ſatis ſub appellatione & perſona fidejuſſoris in judicium deduci intelligitur, cum fidejuſſori jure tribuatur, hoc ipſo quod fidejuſſor eſt.
9 Duæ omnino exceptiones peremptoriæ ſunt, quas non ſolum neceſſe non eſt initio litis conteſtari, ſed quibus etiam non allegatis uti licet in executione rei judicatæ, nempe exceptio Senatusconſulti Macedoniani & Vellejani, *l. 11. de SC. Mac.* Id quod mirum videri non debet placuiſſe in iis exceptionibus, quæ publicæ utilitatis cauſa maxime introductæ ſunt. DD. noſtri etiam plures hujus generis referunt in *l. 1. C. de re jud. l. 1. Cod. de jur. & fact. ign. Gail. 1. obſ. 113. num. 5. & ſeqq. Zaſ. in l. 2. hoc tit. num. 16. Marant. part. 2. memb. 9. num. 18. Merul. lib. 4. diſtinct. 4. ſect. 3. tit. 4. cap. 14.* Exceptiones dilatoriæ, cujuscunque eæ generis ſunt, ſi paucas dempſeris, inter exordia litis, hoc eſt, ante litem con-
10 teſtatam, opponi debent. Quin & diſceptari, probari & decidi, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Excipitur dilatoria ſolutionis, non defugiendi judicii, ſed ſolutionis differendæ gratia objecta, ſeu, ut vulgo loquuntur, non ad impediendum proceſſum, ſed ad merita cauſæ oppoſita, cujus initio conteſtatæ probatio demum à reo exigitur, poſtquam actor intentionem ſuam probavit, quo refero *l. exceptionem 19. C. de probat. cum Gudelin. lib 4. cap. 7. ſect. 1.* Sed & ſi quæ hujusgeneris demum poſt litem conteſtatam nata ſit, veluti ſi novæ cauſæ poſtea emerſerint, ob quas judicem tanquam ſuſpectum recuſare liceat, non eſt ambigendum, quin hujusmodi exceptio poſt cœptum judicium objici poſſit, *cap 15. de off. de leg. Sichard. ad l. 13. Cod. de proc. n. 5.* quanquam in privilegio fori ſupervenienté hoc locum non habet *l. 7. de judic.* Item juris eſſe interpr. noſtri volunt ſi exceptio gravamen ſucceſſivum, ut loquuntur, habet: cujusmodi eſt exceptio loci non tuti vel ſuſpecti. *Myn. 2. obſ 74. Gail. 1. obſ. 52. n. x Sichard. d. loc. n. 6.* Item ſi reus exceptionem ſibi competere in facto errans ignora-
11 verit, *cap. 4. hoc tit. Covar. pr quaſt. 26. num. 2.* Illud certum eſt, exceptiones dilatorias, quæ adverſu inhumanam ſolidi petitionem comparatæ ſunt, non ſolum poſt litem conteſtatam ante ſententiam objici poſſe, ſed etiam poſt rem judicatam in ipſa executione, *l. 15. l. 17. §. ult. ſol. matr. l. item 18. l. Neſennius 41. §. ult. de re jud.* Rationem reddunt, quia hoc genus exceptionis non impugnat ſententiam, ſed moderatur vires judicati. Idem obtinet & in exceptione reſtitutionis, *l. divus 33. de re jud.* & in exceptione cedendarum actionum, *l. ſi fidej. 41. §. 1. de fidej.* Item in exceptione non impleti contractus, veluti pretii non ſoluti. De qua DD. in *l. 1. C. de jur. & fact. ign. Gail. 2. obſ. 17. Zang. de exc. part. 3. cap. 28. num. 88.* Tantundem dixero, ſi exceptio judicium retro reddat nullum, qualis eſt exceptio falſi procuratoris, *l. licet. 24. C. de proc.* ſi modo hæc vera exceptio. Moribus multorum tribunalium nunc ita compa- 12
ratum eſt, ut reus omnes exceptiones, quas habet, ſimul & conjunctim initio litis proponere debeat, peremptoriasque una cum dilatoriis. Quod vocant procedere ad omnes fines. Cæterum proteſtari conſuevit reus, ſe hac exceptionum cumulatione nihil damni habiturum, ſed ex illis ſibi defenſionem recte atque ordine velle tribui, *Damhoud. prax. civ. c. 139. Imbert. inſt. for. lib. 1. cap. 51. Mynſ. 5. obſ. 89. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 4. cap. 1. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 174. n. 15. Gudelin. lib. 4. cap. 7. ſect. 1. & c. 8. ſect. 1. in fin.* ubi etiam docet, quam rationem hoc inſtitutum habeat, nimirum ut cunctis rei defenſionibus initio allegatis, judex ex iis ſtatum cauſæ eliciat. Variatur enim ſtatus cauſæ, cum intentione actoris probata exceptio poſtea opponitur. Et quid [illegible] actorem longum tempus magnosque labores & ſumptus probandæ intentioni ſuæ impendiſſe, ſi ea exceptio tandem objiciatur, quæ initio objecta eum ſtatim à lite retraxiſſet? Tres tamen ſunt exceptiones, quæ in tribunalibus noſtris ſolæ & per ſe proponi poſſunt, exceptio declinatoria fori, litis pendentiæ, & litis finitæ, juncta *inſtruct. Cur. Holl. art. 88. junct. art. 10. Ampliat. & art. 12. ord. Juſt. Groenevv. de ll. abrog. ad hunc tit. Inſt.*

TITULUS XIV.

De Replicationibus.

Replicatio quid ſit.

Ut exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, *l 2 §. 2. de exc.* eſtque nihil aliud replicatio, quam ſecunda actoris allegatio ad firmandam actionem ſuam adverſus exceptionem à reo oppoſitam. Itaque & replicatio quædam exceptio eſt, ſed quæ à parte actoris venit, *d. l. 2. §. 1.* unde à Paulo dicitur contra exceptio, quaſi exceptionis exceptio, *l. exceptio 22. §. 1. eod.* quanquam proprie exceptio appellatur ea defenſio, qua reus utitur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

De Replicatione.

Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie juſta videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi actoris gratia:

qua

quæ replicatio vocatur; quia per eam replicatur atque reſolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus eſt aliquis cum debitore ſuo, ne ab eo pecuniam petat, deinde poſtea in contrarium pacti ſunt, id eſt, ut creditori petere liceat: ſi creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, ſi non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet poſtea in contrarium pacti ſint. Sed quia iniquum eſt, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex poſteriore pacto convento.

NOTÆ.

QUÆ PRIMA FACIE IUSTA] *κατὰ τὸ ἀκριβὲς*, ſecundum jus ſtrictum: iniqua autem, ſi ex æquitate putetur.

ADIUVANDI ACTORIS GRATIA] Exceptio eſt ſubſidium rei, replicatio actoris, *l. 7. l. 10. C. de exc. l. 2. §. 2. D. eod.*

REPLICATIO VOCATUR] Quæ & ipſa quædam exceptio eſt, ſed quæ à parte actoris venit, *d. l. 2. §. 1.*

NOCET EI EXCEPTIO] Quia pactum prius per poſterius non tollitur ipſo jure, ſicut ſtipulatio per ſtipulationem, ſi hoc actum eſt. Quia in ſtipulationibus jus continetur, in pactis factum verſatur, *l. 27. §. 2. de pact.* id eſt, quia pacto non liberamur niſi conteſtatione pacti: at per ſtipulationem novantem, per ſtipulationem Aquilianam & ſubſecutam acceptilationem etiam ſine aliqua defenſionis conteſtatione.

COMMENTARIUS.

1. Explicatur l. ſi unus 27. §. 2. de pact. & conciliatur cum l. Stichum 95 §. naturalis 4. de ſolut.

CUm exceptio in ſpeciem juſta, revera iniqua eſt, opus eſt alia defenſione adjuvandi actoris gratia. Ut ecce, Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus eſt cum debitore, ne ab eo peteret. Poſtea cum quereretur creditor, nullam fuiſſe cauſam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rurſus ei petere licere. Hic ſi creditor agat, & excipiat debitor, obſtabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per poſterius ipſo jure, ſicut ſtipulatio per ſtipulationem, ſi hoc actum ſit, puta ſi novandi animo poſterior interpoſita ſit; *l. ſi unus 27. §. 2. de pact.* Cæterum quia iniquum eſt, creditorem excludi, alia defenſione adjuvatur ex poſteriore pacto convento, quæ exceptioni oppoſita eam elidat & noſtris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & reſolvitur jus exceptionis; *hoc text. l. 2. §. 1. & 2. eod.* Theophilus reddidit, *ἀναλύεται ἡ τῆς παραγραφῆς ἰσχύς, Vis exceptionis reſolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam definitore Cicerone *in partit. Firmamentum eſt, quod ad labefactandam rationem* (ea noſtris eſt *exceptio*) *refertur.* At enim, inquis, obligatio naturalis ipſo jure per pactum tollitur, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolut.* cui conſequens videtur, quod pacti etiam hæc vis ſit, ut ipſo jure obligationem priorem reponat in priſtinum ſtatum, perinde ac ſi pactum prius interpoſitum non fuiſſet. Minime, inquam: nam cum non obſtante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipſo jure adhuc competat, fieri nequit, ut exceptio debitori priore pacto quæſita poſteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non poſſit. Atque hoc ſignificat Juriſconſultus *in d. l. unus 27. §. 2. de pact.* cum ait, in pactis factum verſari. Antea dixerat, in ſtipulationibus jus contineri. Ait, *in pactis factum verſatur*, id eſt, ut ego interpretor, pacta quidem nobis proſunt ad liberationem, ſed facto noſtro, ſi quis initio litis pactum ſit conteſtatus, ejuſque pacti exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim conteſtatio & defenſio cum in facto rei poſita ſit, recte dicitur, in pactis factum ad liberationem verſari: eademque hic exceptionis & replicationis ratio. *In ſtipulationibus*, inquit, *Ius continetur:* id eſt, per ſtipulationem novantem, per Aquilianam eamque ſecutam acceptilationem, hoc aſſequimur, ut ipſo jure liberemur, non facto aliquo noſtro, id eſt, non defenſionis conteſtatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet quod idem Juriſconſultus *in l. qui ſervum 34. §. 1. de obl. & act.* ſcribit, eum, qui rem ſibi commodatam ſurripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, ſed alteram actionem per alteram perimi aut ipſo jure aut per exceptionem. Significat enim, cum quis ipſo jure liberatus eſt, poſſe eum tuto negare ſe debere; & quamvis exceptionem in judicio non proponat, abſolvi debere, ſi ex priſtina actione ſolviſſe ſe, quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare ſe teneri: ſed cũ hoc confeſſus fuerit, ejus quod præceſſerit, exceptionem opponere poſſe, per quam conſequatur idem, ne teneatur. Hoc vero inquit facere eſt tutius; quia ſc. dubitari poſſit, an eo modo priori actio ſublata ſit jure, *add Cujac. & Ant. Fab. ad d. l. 27. §. 2. de pact. Don. ad l. 5. C. eod. Bachov. de pact. cap. de eff. pact. lib.*

TEXTUS.

TEXTUS.

De duplicatione.

1. Rurſus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie juſta eſt, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.

De triplicatione.

2. Et ſi rurſus ea, prima facie juſta videatur, ſed propter aliquam cauſam actori inique noceat, rurſus alia allegatione opus eſt, qua actor adjuvetur; quæ dicitur triplicatio.

De cæteris exceptionibus.

3. Quarum omnium exceptionum uſum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digeſtorum latiore volumine facile eſt cognoſcere.

COMMENTARIUS.

1. Hodie ultra duplicationem non procedi niſi ex gravi cauſa: nec in ſtatu judiciali exceptionum aut replicationum uſum eſſe.

1 SI replicatio & ipſa prima fronte juſta, revera autem iniqua ſit, contra eam datur reo duplicatio: & rurſus contra duplicationem actori triplicatio: & ſic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque ultro citroq; modus eſt infinitus, *l. 2. §. 3. h. t.* Verum hanc licentiam poſteritas merito refrænandam putavit, ne modus allegationum nimium multiplicatus non tam explicet cauſam, quam implicet. Itaque hodie in bene conſtitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem, niſi ex gravi cauſa judex aliter decernat, puta ob novi & ad ſtatum cauſæ pertinentis facti allegationem. *Vid. Ord. Cam. Imp. p. 3. tit. 20. Imbert. 1. Inſt. for. 36. Ampliat. Inſtr. Cur. Holland. art. 12. D. Tuld. in comm. ad hunc tit. c. 1. & 2* ubi exemplo hanc rem illuſtrans oſtendit, cur neceſſe non ſit ultra duplicationem progredi. Conceſſa autem ex cauſa actori triplicatione, reo ſimul conceſſa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps. *Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 10. cap. 1.* In ſtatu cauſæ judiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: ſed judex *appoincteert partyen te beſchryver by memorien en advertiſſementen van rechten, &c.* In ſtatu conjecturali *appoincteert acten te maecken, en daer van te dienen, indien geen productie van noode is; ofte in feyten contrarie, indien productie vereyſcht Wordt. Ende Wordt in beyde geſchreven by eyſch, antwoordt, replicq, dupliecq, vy intervalle van tiidt, ſonder meer. Merul. d. diſt. 4. ſect. 4. tit. 10. & ſeq.*

TEXTUS.

Quæ exceptiones fidejuſſoribus proſunt vel non.

4. Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari ſolent etiam fidejuſſoribus ejus: & recte: quia quod ab iis petitur, id ab ipſo debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus eſt eis, quod ei pro eo ſolverint. Qua ratione & ſi de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde ſuccurrendum eſſe per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati ſunt, ac ſi etiam cum ipſis pactus eſſet, ne ab eis pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non ſolent his accommodari. Ecce enim debitor, ſi bonis ſuis ceſſerit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, ſi bonis ceſſerit. *Sed hæc exceptio fidejuſſoribus non datur: ideo ſcilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime proſpicit, ut cum facultatibus lapſus fuerit debitor, poſſit ab iis, quos pro eo obligavit, ſuum conſequi.*

COMMENTARIUS.

1. Quæ exceptiones ad alios tranſeant, aut non tranſeant.
2. Exceptio læſionis ex cauſa ætatis cujus generis.

UTrum exceptio, quæ debitori competit, ad alios, puta hæredes, fidejuſſores, tranſeat, nec ne, ex genere 1

genere exceptionis definiendum eſt. Nam quædam exceptiones in rem ſunt, quædam in perſonam; ſive, quod idem eſt, quædam cauſæ ſeu rei, quædam perſonæ cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones, ſunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus cauſa, pacti conventi in rem, Senatusconſultorum Vellejani & Macedoniani, &c. *l. 7. §. 1. h. t.* Perſonæ cohærent, exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne à ſolo debitore peteretur, *l. niſi 22. de pact.* ne quis ultra quam facere poteſt, conveniatur, *d. l. 7. in pr.* item præſcriptio moratoria, utpote beneficium Principis perſonale, *l. 1. §. 2. de conſt. Princ. l. privilegia 195. de reg. jur.* Primi generis exceptiones etiam ſucceſſoribus & fidejuſſoribus, reliquisque acceſſionibus dantur, *d l. 7. §. 1. l. omnes 19. h. t. de except. l. ſi tibi 17. §. pactum 5. cum aliquot ll. ſeqq. de pact. l. ex perſona 32. de fidejuſſ. l. 9. § ult. l. ſi is 25. §. ult. de exc. rei jud. l. 7. cum ſeq. de jurejur. l. 9. §. pen. de ſen. Mac. l. 16. §. ad ſen. Vellej. l. 8. C. de non num. pec. l. emptori 28. C. de evict.* Secundi generis perſonam debitoris non egrediuntur, *l. 12. & l. ſeq. ſol. matr. l. etſi 24. cum ſeq. de re jud. l. niſi 22. l. idem 25. §. 1. de pact. cum ſimilibus.*

Quia mandati judicio] Hæc ratio eſt, ob quam placet, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejuſſori prodeſſe, nimirum quia alioqui nec ipſi reo profutura eſſet; quippe à quo fidejuſſor, quod ſolvit, judicio mandati repetere poteſt, *§ ſi quid ſup. de fidejuſſ. l. mandati 14. C. eod.* Hinc quod à fidejuſſore petitur, τῇ δυνάμει à reo exigi, ſcribit Ulpian. *l. adverſus 29. de recept. arb.* Quod ſi nulla ſit mandati actio, puta ſi donandi animo fidejuſſerit, exceptio reo competens fidejuſſori non proderit, *l. quod dictum 32. de pact. l. 9. §. pen. de ſen. Mac.*

Si de non petenda pecunia] Niſi nominatim id actum, ne à ſolo debitore peteretur, non etiam à fidejuſſoribus: nam tale pactum, quia perſonale eſt, ad fidejuſſorem non pertinet, quemadmodum nec ad hæredem, *l. niſi 12. l. idem 25. §. 1. de pact.* Putarem tamen, hodie etiam tale pactum fidejuſſori prodeſſe debere propter beneficium ordinis noviſſimo jure fidejuſſoribus tributum, quod alioqui facile per colluſionem reorum eis auferri poſſet. Hæc & D. Cujacius *in d. l. 22.*

Debitor ſi bonis ſuis ceſſerit] Debitor, qui creditoriſuo bonis ceſſit, ſi iterum conveniatur, tueri ſe poteſt exceptione ceſſionis bonorum; neque tenetur, niſi quid alicujus momenti poſtmodum acquiſierit: quo tamen caſu adhuc in ſolidum conventus exceptionem competentiæ habet, ne ultra quam facere poſſit, condemnetur, *l. 4. & paſſ. de ceſſ bon.* Hæc autem exceptio, uti & cæteræ omnes, quæ adverſus ſolidi petitionem comparatæ ſunt, perſonalis eſt, non cauſæ, ſed perſonæ cohærens: & ideo ad alias non tranſit, *l. 7. pr. de except.* De quo plura *ſub §. ult. de act.*

Qui alios pro debitore obligat] Cum fidejuſſor ſuam perſonam, tanquam magis idoneam, ſubſtituat pro perſona debitoris principalis, merito arcetur ab iis defenſionibus, quæ propriæ ſunt perſonæ rei, & ſpecialiter tribuuntur. Exceptio læſionis ex cauſa ætatis, quæ minori in integrum reſtituto datur, mixti generis eſſe videtur, & partim pro beneficio cauſæ habenda, quia etiam hæredibus minoris datur, etſi ipſi ſint majores, *l. 6. de reſtit. in integr. l. minor. 18. §. ult. de minor.* partim pro beneficio perſonæ, quia denegatur fidejuſſoribus ejus, *l. in cauſa 13. pr. eod. l. 7 in fin. de except. l. 1. l. 2. Cod. de fideic. min.* niſi forte ſalva ſit creditori judicii in alium translatio, *l. minor 51. de procur. add. Mynſ. 4. obſ. 18. Maurit. tract. de reſt. in int. c. 13. Gomez. 2. reſol. 14. n. 6. & 9.* Plane, ſi quis pro minore dolo adverſarii circumvento intervenerit, ex hac cauſa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio cauſæ omni ex parte habetur, ut etiam proſit fidejuſſori. Nec mirum, cum etiam majoribus ex eadem cauſa eadem exceptio detur, *d. l. 7. §. 1. de except. l. ult. C. de fidej. min. Maurit. c. 14. Odd. tract. de reſt. in int. 1. qu. 48. Duar. ad d. tit. C.* 2

TITULUS XV.

D. lib. 43. tit. 1. C. lib. 8. tit. 1.

De Interdictis.

Ratio ordinis, & ſumma tituli.

POſtquam de actionibus earumque ordine, progreſſu, & cum exceptionibus congreſſu dictum eſt, non inconvenienter ſubjicitur tractatio de interdictis; quippe quæ & ipſa actionum inſtar obtinet, & ſi vim eorum ac poteſtatem ſpectes, id eſt, quod iis conſequi volumus, re ipſa actiones ſunt: unde & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actionis 37. de obl. & actionibus.* Denique & olim ex cauſa interdicti adverſus non parentem actio dabatur, & poſtea ambagibus interdictorum ſublatis placuit, ut recta & protinus actio poſſeſſoria proponeretur, *l. pen. & ult. C. h. t.* Unde & compoſitores titulum π. inſcripſerunt: *De interdictis ſive extraordinariis actionibus, &c.* Docemur primum hoc titulo, quid ſit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur diviſiones, quæ genera, eorumque ſpecies oſtendunt.

 TEXTUS.

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Sequitur, ut diſpiciamus de interdictis, ſeu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus prætor jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maxime fiebat, cum de poſſeſſione aut quaſi poſſeſſione inter aliquos contendebatur.

NOTÆ.

Maxime cum de possessione] Ait *maxime*, quia quædam interdicta proprietatis aut quaſi proprietatis cauſam continent: vid. *l. 2. §. 2. h. tit. l. 3. §. 11. cum ſeqq. de itin. act. priv.* Ideo autem de cauſa poſſeſſionis potiſſimum interdicta propoſita, ut hujusmodi controverſiæ, in quibus ut plurimum ultra jurgium proceditur, & manibus non temperatur, quam celerrime componerentur, *l. 13. §. 3. de uſufr.*

Quasi possessione] Rerum ſcil. incorporalium puta uſusfructus & ſervitutum, quæ quaſi poſſideri dicuntur, *l. 18. §. 1. de har. pet. l. 23 §. 2. ex quib. ca. maj.*

Commentarius.

1. *Quid ſit interdictum juxta veterem formulam, & quid hodie: obſervatur error Theophili.*
2. *Quæ interdicta cauſam proprietatis aut quaſi contineant.*
3. *Cur potiſſimum de poſſeſſione propoſita.*

Seu *actionibus, quæ pro his exercentur*] Nam tempore Juſtiniani neceſſe non erat interdictum reddi & impetrari, ſed loco interdictorum actiones recta introducebantur, ut docet §. *ult. hujus tituli.*

Formæ atque conceptiones verborum] Interdicta certis verborum formulis conſtabant: id quod ex ſingulis fere titulis libri 43. ff. cuivis licet animadvertere. Itaque interdictum, ſi veterem formulam ſpectemus, ſic recte definietur, Decretum Prætoris certis verbis conceptum, quo in cauſis poſſeſſionum vel quaſi poſſeſſionum jubebat, aliquid fieri vetabat, prout id rei, de qua agebatur, conveniebat. Nam alias petitur, ut poſſeſſio reſtituatur, aut res exhibeatur: hic prætor reſtitui aut exhiberi jubebat. Alias qui tenet aut ea fruitur, petit, ne ſibi tenenti aut fruenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat.

Aut jubebat aliquid fieri] Sine conſtitutione judicii. Nam prætor ad poſtulationem interdictum petentis adverſario ad ſe vocato ſine forma judicii interdictum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod ſi interdicto paritum non eſſet, tum aut manu miniſtrorum decretum ſuum exequebatur, aut civiliter ex cauſa interdicti actionem & judicium dabat, *l. 1. §. 2. ſi vent. nom. mul. l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poſſ.* Totoque judicio fallitur Theophilus, interdictum definiens enunciatum prætoris non decidens hypotheſin, ſed quomodo de ea judicandum ſit, judicem informans. Poſtea placuit actionem ſine iſto circuitu recte proponi: ut hodie interdicta nihil aliud ſint, quam actiones, quibus de poſſeſſione diſceptatur.

2 *Tunc maxime cum de poſſeſſione*] Ait, *maxime*: quia quædam interdicta proprietatis aut quaſi proprietatis cauſam continent; veluti de itinere actuque privato, de qua quotidiana & æſtiva, de locis ſacris & religioſis, *l. 2 §. 2. hoc tit. l. 3. §. ait. 11. tum. §§. ſeqq. de itin. actuque priv. l. 1. §. ult. de aq. cott. & aſt.* quanquam hæc non ideo dicuntur cauſam proprietatis continere, quod non ſint de poſſeſſione aut uſu rei tuendo: ſed quia cum ſint de his rebus principaliter, per conſequentiam adjunctam habent cauſam proprietatis, aut velut proprietatis, dum placet eum vincere in hoc uſu, qui jus de cujus uſu agitur, ad ſe pertinere oſtenderit, *d. l. 3. § hoc autem 13. Don. ad hunc tit. C. n. 6. Tuld. num. 2.* Et hoc eſt, quod dicitur *in d l. 1, §. ult.* in hujusmodi interdictis totam quæſtionem finiri, id eſt, & poſſeſſionis & proprietatis; cum illa, qua ſunt de ſola poſſeſſione vel quaſi poſſeſſione, tantum ſint præparatoria, & ubi deſierunt, incipiat ſecunda actio, *l. ult. C. quor. bon.* quæ & principalis dicitur *in l. nulli C. de judic.*

3 Ideo autem de cauſa poſſeſſionis potiſſimum interdicta propoſita fuiſſe videntur, ut hujusmodi controverſiæ quam celerrime imperio prætoris tranſigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque poſſeſſionem rei ſibi aſſerere conatur, vis interim fiat: quod cum in cauſis proprietatis, ubi de poſſeſſore jam conſtat, non mutuatur, illarum cognitio ſine periculo ad privatos judices delegari poteſt: quam etiam ob cauſam nunc fere ſuprema tribunalia in prima inſtantia de cauſis poſſeſſionum cognoſcunt, *Gail. 1. obſ. 5. uti apud nos curia Provincialis art. 39. & ſeqq. inſtr. Cur. Holl.* aut ſupremus Senatus *art. 19. ſupr. ſenat.* Sed & pleraque interdicta de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas eſt, ſed uſus tantum, quædam velut poſſeſſio privatorum; nempe de locis ſacris, religioſis, publicis, hominibus liberis, *l. 1. pr. hoc tit.* & exponuntur ſingulis tit. ſeorſum.

TEXTUS.

TEXTUS.

Diviſio prima.

1. Summa autem diviſio interdictorum hæc eſt, quod aut prohibitoria ſunt, aut reſtitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria ſunt quibus prætor vetat aliquid fieri; veluti vim ſine vitio poſſidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi; vel in ſacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Reſtitutoria ſunt, quibus reſtitui aliquid jubet: veluti bonorum poſſeſſori poſſeſſionem eorum, quæ quis pro hærede, aut pro poſſeſſore poſſidet ex ea hæreditate: aut cum jubet ei, qui vi de poſſeſſione dejectus ſit, reſtitui poſſeſſionem. Exhibitoria ſunt, per quæ jubet exhiberi; veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit; aut parenti liberos, qui in poteſtate ejus ſunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea proprie vocari, quæ prohibitoria ſunt, quia interdicere ſit denuntiare & prohibere: reſtitutoria autem & exhibitoria proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari; quia inter duos dicuntur.

COMMENTARIUS.

Diviſio interdictorum, quæ hic proponitur, à forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis, propoſita ſunt, quam quæ de rebus privatis. Ulpian. *l. 1. §. 1. hoc tit.* addit, quædam interdicta & mixta eſſe, quæ & prohibitoria ſint & reſtitutoria. In quo genere eſt interdictum, ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus erit, *l. 3. §. 2. eo tit.* item interdictum de liberis exhibendis & ducendis, *l. 3. § 1. illo tit. vid. Cujac. 4. obſ. 11.*

Vetat aliquid fieri] Unde in formulis edictorum prohibitorum prætorem paſſim uſurpare videmus verbum *veto.*

Vim ſine vitio poſſidenti] Intelligit interdictum *Uti poſſidetis*: quod plenius explicabitur §. *retinendæ inf. eod. Sine vitio poſſidenti*, id eſt, nec vi, nec clam, nec precario poſſidenti ab adverſario: nam alias etiam vitioſum poſſeſſorem interdictum tuetur, *l. 1. §. ult. uti poſſid.*

Mortuum inferenti] Significat interdictum de mortuo inferendo quod in aliorum ordinem ſub *lib. 43. ff.* non refertur; ſed *tit. ult. lib. 11.* his verbis: *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus eſt, quominus illi eo eave mortuum inferre & ibi ſepelire liceat, vim fieri veto.*

In loco ſacro ædificari] De quo in *l. 1. & paſſim, ne quid in loco ſacro.*

In flumine publico] De quo ſub *tit. de fluminib. & tit. ne quid in flum. publ.*

Reſtitutoria, quibus reſtitui] Qua de cauſa ita ſemper concepta ſunt, ut verbum *reſtituas* addatur, *l. 1. quor. bon. l. 1. quod vi aut clam. l. 2. de precar.*

Bonorum poſſeſſori] Significat interdictum *quorum bonorum*, de quo copioſius explicabitur §. *proximo.*

Qui vi de poſſeſſione] Unde apparet, ſignificari interdictum *unde vi §. inf.* cui explicando alius item locus infra deſtinatus eſt.

Exhibitoria, per quæ jubet exhiberi] Quapropter verbum *exhibeas* in his addi ſolet, *l. 3. de tab. exhib. l. 1. de hom. lib. exhib. l. 1. de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdicta exhibitoria hoc principaliter intereſt, quod hæc tantum ad cauſam poſſeſſionis pertinent, illa iis fere datur, qui de proprietate litigaturi ſunt, *l. 1. ad exhib.* Quod vero nonnulli ajunt, actionem ad exhibendum competere de eo, quod privatim cujusque intereſt, interdicta autem hæc magis publicam cauſam ſpectare, id non eſſe perpetuum, oſtendit, interdictum de tabulis exhibendis.

De cujus libertate] Significatur interdictum de homine libero exhibendo; quod tuendæ libertatis cauſa propoſitum eſt, ne videlicet homines liberi à quoque retineantur, *l. 1. de hom. lib. exhib.*

Cui patronus operas] Quam ad rem comparatum idem edictum *de hom lib. exhib.*

Aut parenti liberos] Cujus rei cauſa propoſitum interdictum ſub *tit. de lib. exhib.*

Proprie interdicta vocari, quæ prohibitoria] Atque hoc quoque mihi admodum veriſimile videtur: nam interdicere omnibus latine loquentibus idem eſt, quod vetare, prohibere: ut exiſtimandum ſit, ex productione & quaſi abuſione ejus verbi eſſe, quod

quod decreta quoque reſtitutoria & exhibitoria interdicta appellata ſint.

Quia inter duos dicuntur] Hoc plane ineptum videtur. Proinde *Alciat. in l. pecunia. 178. de verb. ſign.* pro his verbis. *inter duos dicuntur*, reponit *interim dicuntur*. Quæ alluſio naturæ rei non male convenit. Nam interdicta totam litem non perimunt, ſed tantum poſſeſſorem interim dicunt, quoad quæſtio principalis de proprietate, de qua adhuc cognoſcendum eſt, terminetur, *l. 3. C. hoc tit. l. 5. in fin. C. ubi in rem act. l. 13. C. de rei vind.* Iſidorus quoque & Anianus ad Paul. *lib. 5. ſent.* interdictum definiunt ſententiam interim dictam. *add. Covar. pract. quæſt. 17.*

TEXTUS.

Diviſio ſecunda.

2. *Sequens diviſio interdictorum hæc eſt, quod quædam adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.*

NOTÆ.

1. SEQUENS DIVISIO] Ex Paulo. *l. 2. §. ult. h. t.* Superior à forma, hæc à fine ſumpta eſt; & ea duntaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem ſpectant. *d. l. 2. §. ult.*

QUÆDAM ADIPISCENDÆ] Omnis de poſſeſſione rei privatæ contentio eo ſpectat, ut aut poſſeſſionem adipiſcamur, aut adeptam retineamus aut amiſſam recuperemus. Auſon. *Id 11. interdictorum trinum genus: unde repulſus. Vi fuero, aut utrobi fuerit, quorumve bonorum.* Interdictum unde vi comparatum eſt recuperandæ poſſeſſionis cauſa: *utrobi* retinendæ, *quorum bonorum* adipiſcendæ.

COMMENTARIUS.

Secunda hæc diviſio non complectitur omnia interdicta, ſed ea tantum, quæ ad rem familiarem pertinent, *l. 2. §. ult. h. t.* ac proinde tantum ſubdiviſio quædam eſt, non ſecunda totius diviſio. Eſt autem à fine ſumpta: nam omnis de poſſeſſione rei privatæ controverſia eo ſpectat, ut aut poſſeſſionem nunc primum adipiſcamur, aut adeptam retineamus, aut amiſſam recuperemus.

TEXTUS.

De interdictis adipiſcendæ.

3. *Adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa interdictum accommodatur bonorum poſſeſſori, quod appellatur,* Quorum bonorum: *ejusque vis & poteſtas hæc eſt, ut quod ex iis bonis quisque, quorum poſſeſſio alicui data eſt, pro hærede aut pro poſſeſſore poſſideat, id ei, cui bonorum poſſeſſio data eſt, reſtituere debeat. Pro hærede autem poſſidere videtur, qui putat ſe hæredem eſſe. Pro poſſeſſore is poſſidet, qui nullo jure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, ſciens ad ſe non pertinere poſſidet. Ideo autem adipiſcendæ poſſeſſionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile eſt, qui nunc primum conatur adipiſci poſſeſſionem. Itaque ſi quis adeptus poſſeſſionem amiſerit eam, hoc interdictum ei inutile eſt. Interdictum quoque Salvianum adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparatum eſt: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet.*

NOTÆ.

APPELLATUR QUORUM BONORUM] A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

PRO HÆREDE POSSIDERE, &c.], Vid. *l. 11. cum ſeqq. de hær. pet.*

PRIMUM CONATUR ADIPISCI POSSESSIONEM] Non enim petitur hoc interdicto, ut res reſtituantur, quæ aliquando ab hærede poſſeſſæ, ſed quæ nunquam. Itaque ſic reſtitutorium eſt, ut ſit adipiſcendæ poſſeſſionis, *d. l. 1. in fin. h. t.*

APPELLATUR SALVIANUM] *lib. 43. ff. tit. ult. & 8. Cod. tit. 9.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ interdicta adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparata.*
2. *Quorum bonorum cui adverſus quem competat: &, cui bono comparatum.*
3. *Quis hic dicatur pro hærede prove poſſeſſore poſſidere, tum cur bonorum poſſeſſori petitio hæreditatis non ſufficere viſa: & in quo illa cum hoc interdicto conveniat.*
4. *Quibus propoſitum remedium l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.*

5. *Cui adverſus quos interdictum Salvianum detur.*

6. *Interdicto huic affine remedium actio Serviana: & cur interdicto experiri utilius.*

Adipiſcendæ poſſeſſionis interdicta dicuntur, quæ comparata ſunt ad poſſeſſionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: cujus generis duo hic proponuntur & explicantur; interdictum. Quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere ſunt & interdicta. Quod legatorum; ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus eſt, de tabulis exhibendis, & de glande legenda: quæ extant & explicantur in ꝟ.

Accommodatur bonorum poſſeſſori] Competit hoc interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum poſſeſſio data eſt, *l. 1. quor. bon.* uno verbo, hæredi prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili hæredes facti ſunt, per *l. 1. C. quor. bon. Gloſſ. comm.* approbata ad *rubr. C eod. Schneid. hic n. 13. Ant. Fab. C. ſuo eod. tit. de fin. un.* Quanquam hoc diſplicet Baroni hic. Don. *ad d. tit. C. n. 3. Cujac. in par. C. eod.* Sed quid opus eſt, inquis, hoc interdicto ad novam poſſeſſionem adipiſcendam, ſi jam bonorum poſſeſſio alicui à prætore data eſt? Eo opus eſt, quod bonorum illa poſſeſſio, quam prætor tribuit, non corporis, ſed juris eſt; hoc eſt, prætor dando bonorum poſſeſſionem, tribuit tantum jus, perſequendi & retinendi patrimonii defuncti: corporum autem poſſeſſionem aut detentionem non tribuit, *l. 3. de bon. poſſ.* Hæc igitur adhuc reſtat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult. C. quor. bonor.*

Vt quod ex bonis] Competit hoc interdictum de iis bonis; quæ in hæreditate defuncti, cum moreretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis uſucapta ſunt: id enim ſignificant verba interdicti; *poſſideres vel ſi nihil uſucaptum eſſet, l. 1 quor. bon.*

Pro hærede aut poſſeſſore] Datur hoc interdictum adverſus duo genera poſſeſſorum: primum adverſus eum, qui pro hærede prove poſſeſſore poſſidet; quod etiam hic expreſſum eſt: deinde adverſus eum, qui dolo malo fecit, quominus pro hærede prove poſſeſſore poſſideret: quod nominatim adjectum eſt in *l. 2. C. quor. bon.* & comprehenſum illis verbis interdicti, *Quodque dolo malo feciſti, uti deſineres poſſidere, d. l. 1. eod.* Eſtque hoc omnibus regulis juris conſentaneum, *l. parem, l. qui dolo, cum ſimil. de reg. jur.* Hinc autem intelligimus, eum qui titulo ſingulari poſſidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, ſicut nec petitione hæreditatis, *l. 7. C. de pet. hær. l. 4. C. in quib. ca. ceſſ. long. temp præſcr.* Eſſet enim iniquum, eum quem dominum eſſe non conſtat, ſed qui tantum ſe hæredem eſſe dicit, rem auferre ei, qui pro domino bona fide & juſto titulo poſſidet. Ajo, juſto titulo: nam titulus injuſtus aut jure invalidus poſſeſſorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti poſſit, *arg. l. nec. ullam 13 §. 1. de hær. petit. Covarr. pract. quæſt. cap. 12. Cacheran. deciſ. 56.*

Reſtituere debeat] Reſtituendi verbum proprie refertur ad ea, quæ à nobis profecta reſtituuntur. Sed interdum de his accipitur, quæ nunc primum nobis præſtantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit hæres eas res ſibi reſtitui, quas aliquando poſſedit, ſed quas nunquam: Itaque ſic reſtitutorium eſt, ut tamen ſit adipiſcendæ poſſeſſionis, *l. 1. in fin. quor. bon.*

Pro hærede] Is dicitur hoc loco pro hærede poſſidere, qui ſe hæredem dicit, cum non ſit, ſive ſciat ſe hæredem non eſſe, ſive ſe eſſe putet. Pro poſſeſſore autem, qui nullam cauſam poſſidenti aliam habet, quam quod poſſidet; unde & nomen natum, *l. 11. cum ſeqq. de hær. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile eſſe & otioſum, propterea quod hæredibus & bonorum poſſeſſoribus, aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio ſcilicet hæreditatis; quippe qua non tantum corporum poſſeſſores, ut interdicto *l. 2. quor. bon.* ſed etiam poſſeſſores juris & debitores hæreditarii tenentur, ſi ſe hæredes eſſe contendant, *l. 9. l. 13. in fin. l. ſi debitor 42. & ibi Bart de hær. pet.* Sed neque majora onera eſſe videntur in judicio petitorio, quam in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet ſe hæredem eſſe, *l. 1. C. quor. bon.* Reſp. eadem inter hæc remedia differentia eſt, quæ inter cætera judicia poſſeſſoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium poſſeſſorium, non habet longas litis moras, ſed brevis in eo eſt & expedita via ad poſſeſſionem adipiſcendam. In petitione autem hæreditatis plena de omnibus inquiſitio & efficacior probatio requiritur, *d. l. 1. junct. l. judices C. de jud. add. Afflict. deciſ. 14. Menoch. de adip. poſſ. rem. 1. n. 97. & ſeq. Ant. Fab. C. ſuo tit. quor. bon. defin. unic.* Plane in eo hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad univerſitatem pertinet, non ad res ſingulas, *l. 1. in pr. de rei vind. l. 1. §. 1. quor. bon.* idque duplici reſpectu dicitur. 1. Ratione intentionis actoris, quod univerſa bona ad ſe pertinere dicit. 2. ratione tituli, quo reus poſſidet: neutro enim judicio alius tenetur, quam qui pro hærede vel pro poſſeſſore poſſidet. Cui non obſtat, quod dicitur petitione hæreditatis teneri etiam, qui rem unam hæreditariam, licet minimam, poſſidet, *l 9. & ſeq. de hær. pet.* nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede poſſidet, is totam hæreditatem & univerſi juris ſucceſſionem ſibi aſſerit. Conſule *Cacheran. deciſ. 74.* Eſt & aliud remedium 4

medium poſſeſſorium hæredibus propoſitum, ſed ſcriptis tantum, conſtitutione Juſtiniani, *l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* quo ille, qui teſtamentum profert, non laborans conſpicuo aliquo vitio, quale eſt cancellatio, item defectus teſtium, ſignorum, ſubſcriptionis, auctoritate magiſtratus mittitur in poſſeſſionem rerum hæreditariarum, dilata tantiſper inquiſitione ſuper vitiis occultioribus, puta falſitatis, injuſtæ exhæredationis aut præteritionis. Succedenti autem ab inteſtato hoc remedium non datur: ſed nec hæredi inſtituto teſtamento nuncupative, niſi illud in ſcripturam, ut fieri aſſolet apud nos, redactum ſit, aut petente hærede nuncupato publicatum: de quo *Vigl. in præl. d. l. ult. Sichard. ibid. n. 4. & 5. Menoch. de adip. poſſeſſ. rem. 4. num. 648. & 726. Ant. Fab. Cod. ſuo ad eundem titul. defin. 3. & 4. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 30.*

Interdictum quod Salvianum] Salvianum quo-
5 que interdictum adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparatum eſt. Ait Juſtinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Exiſtimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuiſſe non tantum de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, ſed etiam in ipſum colonum ſolum, ad hunc modum: *Quod tu illi pro mercede fundi oppignoraſti, qua de re agitur, id illi reſtituas.* Unde adverſus extraneum poſſeſſorem, licet titulum & cauſam à colono habentem, non niſi utile interdictum ex productione redditur, *l. 1. in pr. de interd. Salv.* Porro ex communi interpp. ſententia latius hoc interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori, non modo adverſus debitorem, qui oppignoravit, per *l. 1. C. de prec. & interd. Salv.* ſed etiam contra quemlibet tertium ejus rei poſſeſſorem: quanquam adverſus hunc probationem deſiderant, nimirum non ſolum rem obligatam eſſe, ſed etiam in bonis debitoris, cum obligaretur, fuiſſe. *Ang. Iaſ. & alii in §. Serviana ſup. de act. Weſemb. par. de Salv. interd. n. 2. Schneid. hic n. 7. Fach. 8. controv. 92.* & plerique etiam cenſent, prius excutiendum eſſe principalem debitorem, quam adverſus extraneum poſſeſſorem interdictum intentetur, *arg. Nov. 4. cap. 2. Fachin. ubi ſup. c. 93. D. Tulden. ad d. tit. C. n. 2.* Divortium à communi ſententia facit D. Ant. Me-
6 renda *5. cont. 37. & ſeq.* Affine huic interdicto remedium eſt actio Serviana; quæ & ipſa primum locatori de rebus coloni pro penſione fundi obligatis propoſita fuit, & poſtmodum ad alias cauſas & ſpecies pignoris per interpretationem producta, *d. §. Serviana.* Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia eſt, cujus ante memini. Utilius eſt experiri interdicto, quam actione Serviana. Nam interdicto, in quo de poſſeſſione momentaria tantum agitur, ad adipiſcendam poſſeſſionem ſufficit probare, rem, de qua agitur, pignori obligatam fuiſſe: at in actione Serviana, quæ judicii petitorii eſt, hoc amplius probare creditor, contra tertium poſſeſſorem agens, debet, rem, quam perſequitur, in bonis debitoris fuiſſe, cum de pignore convenit, *l. Et quæ 11. §. 1. de pign. l. ante omnia. 23. de probat.* quod fuſius à me explicatum ſub *d. §. Serviana Weſemb. d. loc. Menoch. de adip. poſſ. rem. 3. n. 8. & ſeqq.*

TEXTUS.

De interdictis retinendæ.

4. *Retinendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt interdicta,* uti poſſidetis & utrubi: *cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controverſia ſit, & ante quæratur, uter ex litigatoribus poſſideat, & uter petere debeat. Namque niſi ante exploratum fuerit, utrius eorum poſſeſſio ſit, non poteſt petitoria actio inſtitui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius poſſideat, & alius à poſſidente petat. Et quia longe commodius eſt & potius, poſſidere, quam petere; ideo plerumque, & fere ſemper ingens exiſtit contentio de ipſa poſſeſſione. Commodum autem poſſidenti in eo eſt, quod etiamſi ejus res non ſit, qui poſſidet, ſi modo actor non potuerit ſuam eſſe probare, remanet in ſuo loco poſſeſſio: propter quam cauſam, cum obſcura ſunt utriuſque jura, contra petitorem judicari ſolet. Sed interdicto quidem* uti poſſidetis *de fundi vel ædium poſſeſſione contenditur*: Utrubi *vero interdicto de rerum mobilium poſſeſſione. Quorum vis ac poteſtas plurimam inter ſe differentiam apud veteres habebat, nam* uti poſſidetis *interdicto is vincebat, qui interdicti tempore poſſidebat; ſi modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adverſario poſſeſſionem: etiamſi alium*

vi ex-

vi expulerat, aut clam arripuerat alie. nam poſſeſſionem, aut precario rogaverat aliquem, ut ſibi poſſidere liceret. Utrubi *vero interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adverſario poſſidebat. Hodie tamen aliter obſervatur. Nam utriusque interdicti poteſtas (quantum ad poſſeſſionem pertinet) exæquata eſt, ut ille vincat & in re ſoli, & in re mobili, qui poſſeſſionem nec vi, nec clam, nec precario ab adverſario, litis conteſtatæ tempore, detinet.*

NOTÆ.

AB ADVERSARIO] Si vero alter non ab altero, ſed ab extraneo poſſideat, licet vi, clam, aut precario, nihilominus prætor poſſeſſorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. ſeq. eod.* & hoc eſt, quod dicitur, etiam vitioſam poſſeſſionem adverſus extraneos prodeſſe ſolere, *l. ult. de acq. poſſ.*

MAIORE PARTE ANNI] *l. un. utrubi.* retrorſum numerati. Paul. *5. ſent. 6.* εἰς τὸ πάλιν ἀνακλωμένου. Th. Majore autem parti anni poſſediſſe, quis intelligitur, etiamſi duobus menſibus poſſederit: ſi modo adverſarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis poſſederit, *l. 156. de verb. ſign.*

UTRIUSQUE INTERDICTI POTESTAS EXÆQUATA] *d. l. un. §. 1. utrubi,* quem locum apparet à Compoſitoribus interpolatum eſſe.

COMMENTARIUS.

1. *Actionem in rem inſtitui non poſſe, niſi certus ſit poſſeſſor: & quare.*
2. *Qui fieri poſſit, ut duo de poſſeſſione retinenda litigent, cum duo in ſolidum eandem rem poſſidere nequeant.*
3. *An qui vindicare rem inſtituit, interdicto adhuc agere poſſit; & de judicii poſſeſſorii cum petitorio cumulatione.*
4. *Vetus differentia inter interdicta uti poſſidetis & utrubi: ejus differentiæ ſublatio, tum quid hic jus Canonum, & mores hodierni.*

Retinendæ poſſeſſionis gratia ea interdicta comparata dicunrur, per quæ eam poſſeſſionem, quã jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdicta ſunt *uti poſſidetis* & *utrubi.* Prius eſt de rebus ſoli, poſterius de rebus mobilibus, *l. 1. uti poſſ. l. un. de utrubi.* Utriusque cauſa olim nonnihil diſſimilis: nunc & cauſa & vis eadem, ut ſi à rebus diſceſſeris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri poſſit; ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei] Hæc interdicta locum habent, cum de proprietate inter aliquos lis eſt, & quæritur, uter ex litigatoribus poſſideat, uter petere debeat, *l. 1. § 3. uti poſſ.* ubi Ulp. ait, ſi inter litigatores contendatur, uter poſſideat, quia alteruter ſe magis poſſidere affirmat, tum ad hæc interdicta remittendos eſſe.

Niſi exploratum fuerit, utrius poſſeſſio ſit] Actio in rem inſtitui non poteſt, niſi certus ſit poſſeſſor, *l. ordinarii 23. C. de rei vindic.* Nam, ut alibi demonſtravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda ſunt, à parte actoris dominium, à parte rei conventi poſſeſſio. Quamdiu igitur incertum eſt, quis poſſideat, & commodo poſſeſſionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus eſſe nõ poteſt, *l. inter 62. de jud.* Ubi Ulp. ſcribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri poſſe, quam ſi alter petitor, alter poſſeſſor ſit: eſſe enim debere, qui onera petitoris ſuſtineat, & qui commodo poſſeſſoris fungatur. Sed qui fieri poteſt ut duo de 2 retinenda poſſeſſione litigent, cum duo in ſolidum eandem rem poſſidere non poſſunt? *leg. 3. §. ex contrario. 5. de acq. poſſ.* Nimirum accidere poteſt, ut duo in ſpeciem videantur poſſidere, cum tamen revera unus tantũ poſſideat. Varii enim ſunt actus poſſeſſorii, & ex quibusdam eorum uſurpatis plures ſibi poſſeſſionem afferere poſſunt; ut proinde de qualitate hujusmodi actuum ſit cognoſcendum, explorandumque, cujus cauſa potior ſit. Alii reſpondent, abſurdum non eſſe, ut etiam duo dicantur eandem rem ſimul poſſidere, diverſo tamen genere poſſeſſionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter juſte, alter injuſte, *l. 6. §. 1. uti poſſid.* Quæ & ſententia Sabini fuit, *d. l. 3. §. 5. de acq. poſſ.* cujus veſtigia cernimus *in l. 3. pr. uti poſſ. l. & habet. 15. §. eum qui. 4. de precar. Cujac. 5. obſ. 22.*

Commodum poſſidendi in eo eſt] Poſſeſſoris multo melior, quam petitoris conditio eſt: nam poſſeſſor non cogitur probare rem ad ſe pertinere, ſed petitori incumbit neceſſitas probandi, rem ſuam eſſe, atque in ea probatione ceſſante petitore res apud poſſeſſorem remanet, licet ipſe nihil probaverit. *l. 2. C. de prob. l. ult. C. de rei vind. l. 4. C. de edend. facit l. 128 de reg. jur.* Quam ob cauſam ei, qui deſtinavit rem petere, hoc conſilium dat Juriſconſultus, *in l. is qui 24. de rei vind.* ut videat, num aliquo interdicto nanciſci poſſit poſſeſſionem, atque ita onus probationis in adverſarium derivare. Quid ergo, ſi quis non ob- 3 ſerva-

ſervato hoc conſilio Juriſconſulti rem vindicare inſtituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non poſſe, quaſi conſilium Juriſconſulti contempſerit, & renuntiaverit poſſesſioni. Contraria tamen ſententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & juſto errore id factum præſumendum eſt, quam animo renuntiandi poſſeſſioni aut interdicto, *l. 12. §. 1. de acq. poſſ.* Similiter qui rem vindicare cœpit, non cenſetur renuntiaſſe interdicto *unde vi. l. cum fundum 18. §. 1. de vi & de vi arm.* ubi expreſſe traditur, pendente judicio petitorio poſſe nihilominus interdicto agi: non ſane ut utrumque ſimul cumuletur, & una ſententia terminetur, ut falſo multi exiſtimaverunt, decepti *d. l. 12. §. 1. & d. l. 18. §. 1.* ſed ut interim dum de poſſeſſione cognoſcitur, ſuſpendatur & differatur judicium petitorium, *l. ordinarii C. de rei vind. l. 1. C. de appell. l. 3. C. hoc tit.* quæ veriſſima præd. II. ſententia eſt, Joanni & Azoni jam olim probata, à quibus male major pars ſeceſſionem fecit. Et quamvis Bartolus *in d. l. 12. §. 1.* aliique citati *à Menoch. retin. poſſ. rem. 3. num. 511. cum ſeqq. & Nicol. Tuld. in annot. ad prax. civil. Damhouderi cap. 45. lit. B. cum Martino Gloſſatore*, excipiant interdictum *uti poſſidetis*, quod & ipſi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari poſſe negant; plures tamen Petrum ſecuti contendunt, omne poſſeſſorium cum petitorio concurrere poſſe, *vid. Menoch. de rem. num. 539. & ſeqq. Nic. Tulden. d. loc. Fachin. 8. contr. 6. Diod. Tuld. comm. hic. c. 3. & 4. Chriſtin. vol. 4. dec. 130. n. 3. & ſeqq. convenit. c. cum dilectus x. de cauſ. poſſ. & propr.* & hanc ſententiam uſu receptam tradit Chriſtin. *d. loc.* quanquam non in omnibus tribunalibus, *vid. Papon. lib. 8. tit. 12. arreſt. 4. Charond. 4. reſp. 28.* Nos hanc quæſtionem pleniſſime excuſſimus *lib. 2. ſelect. quæſt. c. 39.*

4 *Quorum vis ac poteſtas plurimam differentiam*] Nam alia conditione proponebatur interdictum *uti poſſidetis* ei, qui rem ſoli poſſideret; alia *utrubi* ei, qui poſſideret rem mobilem. *Uti poſſidetis* ad præſens tempus referebatur, *l. 1. §. 2. hoc tit.* id eſt, interdicti redditi, hoc modo; *Uti eas ædes, quibus de agitur, poſſidetis &c. l. 1. in pr. uti poſſid.* & videtur huic interdicto adjecta fuiſſe particula *nunc. Uti nunc poſſidetis eas ædes, &c. l. 3. §. Labeo. l. 6. eod.* ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gallum Feſtus prodidit in verb. *poſſeſſio. Uti nunc poſſidetis eum fundum, quo de agitur, &c. Utrubi* vero in præteritum referebatur; *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, &c.* His jam conſequens erat, ut interdicto *Uti poſſidetis* is vinceret, qui interdicti tempore poſſidebat; *Utrubi* is, qui majore parte anni poſſederat; quod explicatur *in l. majore. 156. de verb. ſign. add. Paul. 5. ſent. 6.*

Nec vi, nec clam, nec precario ab adverſario] *L. 1. & paſſim uti poſſid. l. 1. C. eod.* His autem verbis excluditur, vitioſa poſſeſſio, non quævis, ſed quæ vitioſe, id eſt, vel vi, vel clam, vel precario ab adverſario obtinetur: nam ſi alter non ab altero, ſed ab extraneo poſſideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus prætor poſſeſſorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. ſeq. eod.* Et hoc eſt, quod dicitur *in l. ult. de acq. poſſ.* etiam vitioſam poſſeſſionem adverſus extraneos prodeſſe ſolere.

Utriusque interdicti poteſtas exæquata eſt] Juſtiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac poteſtas erat, ut is utroque vinceret, id eſt, ei posſeſſio interim adjudicaretur, qui tempore litis conteſtatæ ſine vitio ab adverſario poſſidebat, ut hic declarant Compoſitores, à quibus probabile eſt interpolatum eſſe reſponſum Ulpiani *in l. un. §. 1. de utrubi.* Jure autem Canonico aliud obſervatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non ſufficit poſſidere tempore litis conteſtatæ: ſed is obtinet, eique adjudicatur poſſeſſio, qui antiquiorem poſſeſſionem probaverit, tanquam qui juſtiorem poſſeſſionis cauſam habeat, *cap. licet x. de probat.* Eoque jure nunc fere utimur, ut poſt alios teſtantur *Damhoud prax. civ. 34. Menoch. de retin. poſſ rem 3. n. 714. & ſeqq. Weſemb. par. uti poſſ. n. 5.* & eleganter *in not. ad Schneid. in §. pen. h. t. D. Tulden. comm. hic cap. 3.* Quod ſi æque obſcura ſint utriusque litigatoris jura, ut judici non appareat, uter poſſideat, poſſeſſio ſequeſtrari ſolet. *Schneid. ad d. §. pen. n. 6. & ibi Weſemb. in not. Ant Fab. Cod. ſui lib. 8. tit. 3. defid. 1.* Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenue* ſeu manutenentiam vocant, contendentes, petere, ut interim dum de principali lite poſſesſionis cognoſcitur, ſibi *recredentia* adjudicetur, id eſt, momentanea aut fiduciaria poſſesſio. *Covarr. pr. q. 17. Aufren. in ſtyl. Parlam. tit. de cauſ. novit. Maſſuer. in pract. tit. de poſſeſſ. Ant. Fab. Cod. ſui lib. 8. tit. 4. defin. 1. Formulam concluſionis habes apud Merulam lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 1. c. 2. n. 7.* In multis locis duplici poſſesſorio retinendæ utuntur: quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo ſuper poſſesſione cognitio adhibetur; alterum ſummarium, & ſummariſſimum, quia in hoc tantum ſummatim judex cognoſcit, uter poſſideat, quo tempore lis moveretur, *vid. Gail. 1. obſ. 5. & 2. ſeqq. Menoch. retin. poſſ. rem. ultim. Fachin. 8. controv. 15. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 142. num. 7. & ſeqq.*

TEXTUS.

De retinenda & acquirenda poſſeſſione.

5. Poſſidere autem videtur quisque, non ſolum ſi ipſe poſſideat, ſed & ſi ejus nomine aliquis in poſſeſſione ſit, licet is ejus juri ſubjectus non ſit: qualis eſt colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos depoſuerit quis, aut quibus commodaverit, ipſe poſſidere videtur. Et hoc eſt, quod dicitur, retineri poſſeſſionem poſſe aliquem per quemlibet, qui ejus nomine ſit in poſſeſſione. Quin etiam animo quoque ſolo retineri poſſeſſionem placet: id eſt, ut quamvis neque ipſe ſit in poſſeſſione, neque ejus nomine alius; tamen ſi non relinquendæ poſſeſſionis animo, ſed poſtea reverſurus inde deceſſerit, retinere poſſeſſionem videatur. Adipiſci vero poſſeſſionem per quos aliquis poteſt, ſecundo libro expoſuimus. Nec ulla dubitatio eſt, quin animo ſolo adipiſci poſſeſſionem nemo poſſit.

NOTA.

Deposuerit aut commodaverit] Idem per procuratorem, hoſpitem, amicum, *l. 3. §. 12. l. 9. & ſeq. l. 30. §. 6. & ſeqq. d. tit.* per fructuarium, *l. 6. §. de prec.* ſed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis *uti poſſidetis*, & *unde vi* pro poſſeſſore habetur, *l. ult. uti poſſ. l. 3. §. 13. & ſeq. de vi & de vi arm.*

Commentarius.

1. *Quid proprie ſit poſſidere: & cur etiam fructuario interdicta retinendæ poſſeſſionis accommodentur.*
2. *Vetus controverſia circa retentionem & amiſſionem poſſeſſionis: quæ à Juſtiniano ſublata.*
3. *Etiam ſolo animo poſſeſſionem retineri: & quamdiu.*
4. *Indicatur & refutatur inſignis DD. error.*
5. *Dejectum non poſſe interdicto retinendæ agere: qui agit, quid probare debeat.*
6. *Ad poſſeſſionem acquirendam opus eſſe & animo acquirendi, & ſimul actu aliquo corporali.*
7. *Amitti poſſeſſionem etiam nobis invitis, idque plurifariam.*
8. *Volentibus nobis amitti etiam ſolo animo.*

Quoniam ſuperiora interdicta ſolum tuentur poſſeſſorem, nec magis ei competunt, qui poſſeſſionem ſemel quæſitam amiſit, quam ei, qui nunquam poſſedit, ideo Juſtinianus hoc loco obiter oſtendere voluit, quis intelligatur poſſidere, quomodo poſſeſſio acquiratur, acquiſita quomodo retineatur.

Non ſolum ſi ipſe poſſideat, ſed & ſi ejus nomine] Poſſidere auctore Theoph. *§. propen. ſup. per quas perſ. cuiq. aq.* eſt, animo & affectu dominantis, ψυχῇ δεσπόζοντος, rem tenere. Itaque qui alieno nomine in poſſeſſione ſunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depoſitarius, procurator, amicus, hoſpes, *l. 3. §. 12. l. 9. & ſeq. l. qui univerſas 30. §. quod per colonum, & ſeqq. de acq. poſſ. l. 6. §. 2. de precar.* Atque ex eo intelligimus, ſi hi controverſiam poſſeſſionis patiantur, interdicto, ad retinendam poſſeſſionem experiri non poſſe, *l. 3. §. creditores 8. uti poſſid.* vid. tamen *Menoch. retin. poſſ. rem. ult. Ioann. à Sande lib. 5. tit. 4. defin. 2* Fructuarius quoque non magis poſſidet, quam ſuperiores, *§. idem placet, ſup. per quas perſ. cuiq. acq. d. l. 6. §. de precar.* Placuit tamen, inter fructuarios interdictum *uti poſſidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui ſibi uſum defendat, *l. ult. uti poſſid.* Sed non eſt novum, ut fructuario propter jus quod in re habet, plus tribuatur, quam aliis, qui poſſeſſores non ſunt, etſi rem ſimiliter tenent. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum unde vi, *l. 3. §. unde vi 13. & ſeq. de vi & de vi arm.* quod argumentum eſt, eum, licet non poſſideat, tamen pro poſſeſſore in his interdictis haberi, quamdiu uſusfructus perſeverat. *Cujac. 9. obſ. 33. Don. ad l. un. C. uti poſſ. n. 5. Io. à Sande d. defin. 2.* In ſumma vero, poſſeſſionis partim intereſt, utrum quis juſte, an injuſte posſideat, *l. 3. §. ex contrario 6. de acq. poſſ.* nam & poſſeſſori injuſto interdicta retinendæ posſeſſionis dantur, modo ne injuſte posſideat ab adverſario, *l. 1. §. ult. & l. ſeq. uti poſſid.*

In poſſeſſione ſit] Recte *in poſſeſſione*. Nam aliud longe eſt posſidere, aliud in poſſesſione eſſe, *l. 10. §. 1. de acq. poſſ.* ſicut aliud eſt ſervire, aliud in ſervitute eſſe, *§. ult. ſup. de ingen.* Is posſidet, cujus nomine posſidetur: qui autem in poſſesſione ſunt, alienæ poſſesſioni præſtant miniſterium, *l. quod meo 18. pr. de acq. poſſ.*

Retinere poſſeſſionem poſſe aliquem per quemlibet] Per eos, qui noſtro nomine in poſſeſſione ſunt, puta per ſervum, colonum, inquilinum, procuratorem, &c. poſſeſſio nobis retineri poteſt. Sed nec illis vita decedentibus poſſeſſio amittitur: inque eo veteres
2 omnes conſentiunt. Hoc amplius Proculus putabat, etiamſi ſponte è poſſeſſione diſceſſiſſent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus poſſeſſionem à nobis retineri, *l. cum quis 31. de dol. mal.* Sabinus contra, ſpontanea illa diſceſſione interpellati. Sabini ſententiam ſecutus eſt Africanus *l. ſi de eo 40. §. 1. de acq. poſſ.* ſententiam Proculi Paulus *l. 3. §. ſi quis 8. eod.* Cæterum ſi alii poſſeſſionem tradiderint, poſſeſſionem amitti etiam Paulus concedit, *d. l. 3. §. ſed etſi 9.* quod & apud Julianum relatum eſt, *l. non ſolum 33. §. qui pignori, de uſuc.* Papinianus hoc amplius, diſceſſu eorum poſſeſſionem amitti, ſi alius eam ingreſſus fuerit, *l. peregre 44. §. ult. de acq. poſſeſſ.* Hanc autem veterum controverſiam ſuſtulit Juſtinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter conſtituit, ut ſive dereliquerint poſſeſſionem & alius eam occupaverit, ſive poſſeſſionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicii dominis generetur. Et quanquam recentiores nonnulli, ut *Cujac. par. Cod. eod. Don. 5. comm. 12. Ant. Fab. dec. 4. err. 2. & ſeqq.* exiſtimant, conſtitutionem illam non pertinere ad caſum, quo in poſſeſſione relictus alii eam tradit, quorum ſententiam aliquando in judicando ſecuta eſt Curia provincialis Friſiæ, teſte *D. Ioann. à Sande lib. 5. tit. 4. defin. 1.* verius tamen eſſe, quod his conſtitutionis verbis, *vel alii prodiderit*, tradens æque ac deſerens comprehendatur, evincit ratio, quæ mox ſubjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & ſequitur Menoch. *rec. poſſ. rem. 14. n. 17. & ſeqq.* Eleganter D. Jo. Deckher. *l. 1. diſſ 3. n. 25.* Illud conſtat, poſſeſſionem amitti, ſi in poſſeſſione relicti vi dejecti fuerint, *l. 1. §. quod ſervus 22. unde vi.*

3 *Animo ſolo retineri poſſeſſionem*] Etiam ſolo animo retineri poſſeſſio poteſt *l. 4. C. de acq. poſſ.* Itaque licet corpore quis è fundo exierit, quamdiu animus amittendæ poſſeſſionis abeſt, poſſeſſio rebus integris retinetur, *l. 3. ſed & ſi 7. & ſeqq. l. 6. in fin. eod.* quamvis neque ſervum, neque colonum, &c. in fundo reliquerit, *l. peregre. 44. §. ult. eod.* idque ex jure poſſeſſio mutuata eſt, ut pleraque alia, *l. poſſeſſio 49. eod.* & utilitatis cauſa receptum, ne teſtudinis more perpetuo dominos continere, aut poſſeſſionem amittere cogamur. Enimvero quod dicitur, animo ſolo poſſeſſionem retineri, id ita temperandũ eſt, ſi facultas nobis relicta ſit, eam, cum velimus, iterum corpore apprehendendi: ea autem facultate ſublata etiam
4 inviti poſſidere deſinimus, *d. l. 3 §. Nerva 13.* Hic autem locus occaſionem Doctoribus præbuit, ut eum, qui diſceſſit, civilem tantum poſſeſſionem retinere, non autem naturalem exiſtimaverint, ſed hanc demum iterum ingreſſo acquiri. Falſo, ut mihi videtur. Nam hoc propoſito, neceſſario ſequitur, eum qui è fundo egreditur, priorem poſſeſſionem non retinere, ſed ea amiſſa novam acquirere, & mox regreſſum hac iterum amiſſa recuperare priorem. Quod ſane à ratione nimis alienum eſt. Neque poſſeſſio, quæ corpore tenetur, & ea, quæ animo, ſunt duæ diverſæ ſpecies poſſeſſionum, ſed una & eadem poſſeſſio: unde & in propoſito nunquam nova acquiri dicitur, ſed prior retineri. Tantum modus tenendi & poſſidendi diverſus eſt, alius jure, alius corpore conſiſtens, *l. nemo 10. C. de acq. poſſ.* Illud à vero abeſt 5
quam longiſſime, quod quidam aſſerunt, civilem, quam vocant, poſſeſſionem retineri, ejusque beneficio interdictum *uti poſſidetis* competere, etiamſi ab alio poſſeſſio vi occupata ſit. *Covarr. pract. q. 17 n. 5* & alii citati apud *Chriſt. vol. 4. deciſ. 142. n. 4.* Nam poſſeſſio plane amiſſa intelligitur, quæ nobis dejectis aut repulſis vi ab alio occupata eſt, *l. 6. §. 1. l. 25. §. ult. de acq. poſſ.* Neque hic animus ad retinendam poſſeſſionem ſufficit: quoniam, ut maxime velimus, eam repetere non poſſumus, *d. l 3. §. Nerva 13. eod.* Et ergo ſi dejectus nullam prorſus poſſeſſionem habet aut retinet, nec retinendæ poſſeſſionis remedio juvari poteſt: ſed neceſſarium ei erit interdictum *unde vi* quod poſſeſſionis recuperandæ cauſa comparatum eſt. Cæterum ſi vetere poſſeſſore non dejecto, & in poſſeſſione adhuc manente, poſſeſſio ei minuatur vel turbetur, ſeu vis ei fiat, quo minus, uti poſſidet jure, ita plene poſſideat, tunc locus eſt interdicto *uti poſſidetis.* Vid. *Ioann. Fab. ad prac. §. Menoch. rem ult. retin. poſſ. n. 17. Chriſtin. d. deciſ. n. 6.* ubi refert, non ſemel ſupremam Curiam Mechlinienſem cenſuiſſe poſſeſſorem actualem eſſe oportere, qui interdicto *uti poſſidetis* experiri cogitat. In ſumma, qui agit interdicto retinendæ poſſeſſionis, duo probare debet, poſſeſſionem ex parte ſua, & turbationem ex parte adverſarii. Turbationem, inquam, non ſpoliationem: quia ſi ſe diceret ſpoliatum, ſibi eſſet contrarius, ob idque repellendus, & interdicto recuperandæ, non retinendæ poſſeſſionis, agere deberet, *Ant. Fab. lib. 8 Cod. ſui, tit. 4. defin. 8.*

Secundo libro expoſuimus] *Tit. per quas perſ. cuiq. acq.* ubi docuit, non ſolum per noſmetipſos, ſed etiam per eos, quos in poteſtate habemus, non minus poſſeſſionem nobis acquiri, quam proprietatem; adeoque poſſeſſionem per extraneam quoque perſonam, veluti per procuratorem nobis acquiri poſſe: quod ſingulare eſt, & utilitatis cauſa receptum, *l. 1. l. 8. de acq. poſſ.*

Animo ſolo adipiſci poſſeſſionem nemo poſſit] Ac- 6
quiſitio poſſeſſionis conſiſtit in apprehenſione rei

con-

conjuncta cum affectu eam pro ſua tenendi, *d. l. 1. §. 3. de acq. poſſ.* Itaque nec animus ſolus ad eam acquirendam ſufficit, nec ſolo corpore acquiri ſine affectione tenendi poteſt: ſed utrumque hic concurrat neceſſe eſt, & animus acquirendi & ſimul actus aliquis corporalis. *l. 3. §. 1. & 3. l. 8. l. cum heredes 23. eod.* Etſi autem neceſſe non eſt, ut opera manuum aut pedum ſemper interveniat; quæ quidem ratio acquirendæ poſſeſſionis maxime naturalis eſt, & neceſſaria in iis rebus, quæ ab aliis nobis traduntur; *d. l. 1. §. 1. d. l. 3. & §. 3. d. l. 23. eod.* ſemper tamen requiritur actus aliquis præter animum poſſidendi, qui vice corporalis apprehenſionis fungatur, *d. l. 1. § pen. l quod meo 18. §. 2. l. quarundam 51. eod. l. 9. §. item ſi 6. de acq. rer. dom. l. 1. C. de donat.* Falluntur enim qui hujusmodi caſus à regula exceptos putant, quaſi hic nudo animo citra ullum actum corporalem poſſeſſio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Juriſconſulti in *d. l. 1. §. pen. & d. l. 51.* Sed illi cum ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, ſed duntaxat craſſiorem illam apprehenſionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet poſſeſſionem ſolo animo retineri poſſe? Quoniam poſſeſſio ſemel quæſita etiam jus poſſidenti parit, quo retento poſſeſſio quoque retinetur. At acquiſitio poſſeſſionis tota pene facti eſt. Sed & alias quod ſemel acquiſitum eſt, facilius retinetur, quam initio quid acquiritur. Animo poſſeſſionem acquirere non poſſumus, niſi noſtro: quippe ut nos velimus, in aliis eſſe non poteſt. At corpore etiam alieno, *d. l. 3. §. cæterum 12. d. l. quod meo 18. de acq. poſſ. l. ea quæ 53. de acq. rer. dom.* quoniam in iis, quæ corporis miniſterio geruntur, nihil intereſt, noſtro corpore, an alieno utamur. Amittendæ poſſeſſionis alia ratio eſt: nam non ſolum volentibus, ſed etiam invitis nobis poſſeſſio amittitur; & invitis pluriſariam; veluti ſi res commercio exempta ſit aut in aliam ſpeciem transformata, *l. qui univerſas 30 §. 1. & 4. eod. tit.* ſi amplius. cum velimus, naturalem ejus poſſeſſionem nanciſci non poſſumus, *l. 3. § quod Nerva 13. eod.* ſi locum poſſeſſum flumen aut mare occupaverit, *d. l. 3. §. Labeo 17.* ſi prædones prædium invaſerint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *tot. tit. unde vi. l. 1. § ſi quis* [illegible]*. l. 6. in fin. l. ſi id quod 25. §. ult. de acq. poſſ.* ſi furto aut rapina res mobilis ablata ſit, *l 15.* ſi in flumen deciderit, ut mergeretur, *l. 13. eod.* Volentibus autem nobis uno tantum modo poſſeſſio amittitur, nempe ſi hoc animo ſimus, ut nolimus poſſidere: idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi cauſa, in fundo maneamus, ut conſtanter à veteribus traditum eſt *l. 3. §. in amittenda. 6. l. ſi quis 17. §. 1. & l. ſeq. l. peregre 44. §. 2. eod.* Neque obſtat huic ſententiæ, quod Paulus ſcribit, poſſeſſionem non amitti niſi eo modo, quo acquiritur, ſeu non amitti niſi animo & corpore. *l. 8. eod. l. fere 153. de reg. jur.* Nam & qui in fundo adhuc manens conſtituit nolle poſſidere, is non animo tantum, ſed ob defectum animi corpore quoque poſſidere deſinit: neque enim dici poteſt, corpus poſſidere remoto animo, in quo ſolo eſt affectio tenendi. Itaque in amittenda poſſeſſione, quod quidem volentibus nobis fiat, ſemper utrumque in contrarium agitur. *Duar. ad d. l. 3. §. in amittenda. Donel. lib. 5. comm. cap. 13.*

TEXTUS.

De interdicto recuperandæ, & affinibus remediis.

6. Recuperandæ poſſeſſionis cauſa ſolet interdici, ſi quis ex poſſeſſione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum unde vi: *per quod is, qui dejecit, cogitur ei reſtituere poſſeſſionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario poſſideat. Sed ex conſtitutionibus ſacris (ut ſupra diximus) ſi quis rem per vim occupaverit, ſiquidem in bonis ejus eſt, dominio ejus privatur: ſi aliena, poſt ejus reſtitutionem etiam æſtimationem rei dare vim paſſo compellitur. Qui autem aliquem de poſſeſſione per vim dejecerit: tenetur lege Iulia de vi privata, aut de vi publica. Sed de privata, ſi ſine armis vim fecerit: ſin autem armis eum de poſſeſſione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non ſolum ſcuta & gladios & galeas, ſed & fuſtes & lapides ſignificari intelligimus.*

NOTÆ.

6. Fundi vel ædium] Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet; Cum eo caſu ſufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, *l. 1. §. 3. & ſeqq. de vi & de vi arm.* quanquam lege Attica pertinebat, ut ſcribit Suidas in ἐξούλης. 2. & jure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde dejectus

dejectus eſt, habuit, *l.* 1. *pr.* §. 32. *& ſeqq. l. pen. d. tit.*

Ex sacris constitutionibus] *l.* 5. *l.* 7. *C. unde vi*, *v. ſup.* §. 1. *vi bon. rapt.*

Tenetur lege Julia, &c.] *l.* 1. §. 2. *de vi & de vi arm. l.* 3. §. 2. *de vi publ. l.* 5. *de vi priv.* De pœna harum legum eſt in §. 8. *inf. de publ. del.*

Sin autem armis] Vis armata ideo publica habetur, quod ſolius reip. eſt armis uti.

Commentarius.

1. *Interdictum* unde vi, *quibus, quarum rerum nomine detur.*
2. *Dejici quis intelligatur.*
3. *Etiam fructuario & uſuario hoc interdictum dari.*
4. *Quibus quo caſu ex conſtitutione Conſtantini detur.*
5. *In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi, vel precario ab adverſario poſſidet. Licere autem dejicientem in continenti rurſum dejicere. Veſtigium juris veteris apud Paulum.*
6. *Quatenus Canones hoc interdictum extenderunt: & de remedio* can. redintegrandæ: *tum quomodo hic apud Batavos procedatur.*
7. *Pœna invaſionis ex ſacris conſtitutionibus, & legibus Iuliis.*

Ad recuperandam poſſeſſionem *unde vi* interdictum proditum eſt ei, qui vi de poſſeſſione dejectus eſt, quod fuſe declaratur ab Ulp. *l.* 1. *& l.* 3.
1 *unde vi, & de vi arm.* Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantum, qui de fundo & ædibus dejiciuntur: ad rerum vero mobilium poſſeſſionem recuperandam non pertinet: quoniam hic ſufficit actio furti aut vi bonorum raptorum, *d. l.* 1. §. 3. *& ſeqq.* Idemque eſt, ſi quis de nave aut vehiculo dejiciatur, *d. l.* 1. §. *ſi quis* 7. *Paul.* 5. *ſent.* 6. videlicet ſi navis aut vehiculum ſimul abducatur: alias dejecto injuriarum duntaxat actio datur. Plane de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi dejectus eſt, tunc cum dejiceretur, habuit, placet etiam hoc interdictum reddi; quia verum eſt vi de eo loco dejectum eſſe, *l.* 1. *pr.* §. *ſi fundus* 32. *& ſeqq. l. pen. eod.* Et quoniam difficulter à dejecto probari poteſt, quæ & cujus æſtimationis res direptæ & deperditæ fuerint, cautum eſt, ut ei de qualitate & æſtimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam à judice, qui recte facturus ſit, ſi prius quam jusjurandum deferat, pro perſonarum & negotii qualitate modum ſtatuat, quem jurando non liceat excedere, *l. ſi quando* 9. *C. eod.* Hoc interdicto ex conſtitutione Juſtiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam poſſeſſionem ſciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cum jure veteri non aliter hoc caſu interdicto locus eſſet, quam ſi reverſus dominus ab ingreſſu prædii prohiberetur, *l.* 6. *in fin. de acq. poſſeſſ. d. l.* 1. §. *ſive autem* 24. *unde vi. Don. ad d. l. ultim. n.* 8. *D. Tulden. ad eund. tit. C. n.* 4. *Menoch. recup. poſſ. rem.* 3.

Dejectus fuerit] Dejici intelligitur is ſolus, qui poſſidet: unde & huic ſoli interdictum *unde vi* competit, *d. l.* 1. §. *non alii* 45. *unde vi.* Et ideo ſi colonus, 2
inquilinus, procurator, hoſpes, aut alius, qui noſtro nomine in poſſeſſione eſt, dejectus ſit, interdicto nos ſoli experiemur. Nam ut iſti non poſſident, ſed nos per eos poſſidemus: ſic iis dejectis, non ipſi dejecti intelliguntur; ſed nos, qui per eos poſſidebamus, *d. l.* 1. §. *quod ſervus* 22. *l. ult. eod.* Plane fructuario & uſuario etiam hoc interdictum datur, licet & ipſi non magis, quam ſuperiores, poſſideant, *l.* 3. §. *unde* 13. *& ſeqq. eod.* Sed his plus tribui ſolet, 3
quia emolumentum rei ſuo jure percipiunt, quam aliis, qui poſſeſſores non ſunt, ut demonſtratum §. *præced.* Conſtantinus autem dum vult reprimere eorum audaciam, qui abſentia dominorum confidentiores facti, dejiciunt eos, qui abſentis nomine in poſ- 4
ſeſſione ſunt, ſpe impunitatis ſibi propoſita, eo quod neq; dominus abſens ſubvenire poterat neque dejecti interdicto agere, ultro omnibus, qui abſentis nomine in poſſeſſione fuerunt, & inde dejecti ſunt, hoc interdicto ſive actione ad poſſeſſionem recuperandã, nomine domini abſentis, experiri permiſit; & quidem nullo expectato domini mandato: cui nihilominus actiones ſuas integras conſervavit, *l.* 1. *C. ſi per vim vel alium mod. poſſ. add. Menoch. recup. poſſ. rem.* 6.

Cogitur reſtituere poſſeſſionem] Et præter poſſeſſionem occupatam fructus quoque, omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus eſt, venire potuiſſet, ſi dejectus non foret, *d. l.* 1. §. *ex die* 40. *& ſeq. l ſi me* 15. *unde vi*; *l.* 4. *C. eod.*

Licet is ab eo, qui vi dejecerit] In interdicto *uti poſſidetis* ſuccumbit, qui ab adverſario vel vi, vel clam, vel precario poſſidet, §. *retinendæ*, *ſup. eod.* In interdicto autem *unde vi* etiam ille vincit. Nimirum 5
in hoc interdicto viſum eſt dejectum ſtatim & ſine exceptione reſtituendum eſſe, ne occaſio detur tumultus. Enim vero qui dejectus, non ex intervallo, ſed in continenti & fervente adhuc congreſſu, dejicientem rurſus dejecit, is non tenetur hoc interdicto; quia, quod licet, vim vi repulit, *l.* 3. §. *eum* 9. *eod.* ac proinde poſſeſſio in priſtinam cauſam potius reverſa, quam ille vi poſſidere intelligendus eſt, *l. qui poſſeſſionem* 17. *eod.* Cujac. Hotom. *hic*, Duar. 1. *diſp.* 20. id quod hic Juſtinianus ait, referunt ad vim armatam ſeu publicam: nam quod ad vim privatam ſeu quotidianam attinet, exiſtimant poſſe me hac vi adhibita, eum,

eum, qui à me vi, clam, vel precario poſſidet, impune etiam ex intervallo dejicere : idque Paulum *lib. 5. ſent. 6.* ſignificare his verbis: *Qui vi, aut clam, aut precario poſſidet ab adverſario, impune dejicitur.* Sed hoc parum convenit menti Juſtiniani: & hodie ſic obtinet auctoritate hujus textus, ut indiſtincte vincat hoc interdicto, qui vi quacunque à quocunq; dejectus eſt, teſte *D. Menoch. recup. poſſ. rem. 1. n. 7.* Jure civili hoc interdicto tantum tenetur, qui dejecit, non alius, qui rem poſtea poſſidere cœpit. *l. 7. unde vi.* Canones autem id extenderunt etiam adverſus tertium ſpolii poſſeſſorem, dummodo ſciat vim factam eſſe: quoniam hoc ipſo ſe ſocium delicti facit, *cap. ſæpe, de reſt. ſpol.* Qui autem bona fide & juſto titulo poſſeſſionem nactus eſt, non tenetur. *Menoch. recup. poſſ. rem. 15. qu. 13.* Iidem Canones & pinguius remedium poſſeſſionis recuperandæ introduxerunt *can. redintegranda 3, quæſt. 1.* nempe etiam rei mobilis per vim amiſſæ. Quod hodie frequens eſt, & in foro quoque ſeculari obtinet. De quo vid. *Menoch. d. rem Gail. 2. obſ. 75. Mynſ. 3. obſ. 85. Cacheran. deciſ. 93. Anton. Fab. Cod. ſui lib. 8. tit. 3. defin. 1. & paſſim, Chriſtin. vol. 4. deciſ. 135. n. 17. & ſeqq. item deciſ. 140. n. 4. & ſeqq. & deciſ. ſeq. n. 4. & deinceps.* Quomodo apud nos procedatur in cauſa interdicti *unde vi* ſive *complainctа*, ut vocant, docet. Merula *lib. 4. diſt. 4. ſect. 1. tit. 3. cap. 5. & ſect. 3. tit. 1. cap. 2. ex Inſtruct. Cur. Holland. art. 39. & 3. ſeqq.*

6

7 *Ex ſacris conſtitutionibus*] Qui violenter poſſeſſionem rei apud alium conſtitutam invaſit, is non tantum tenetur interdicto *unde vi*, ſed alias etiam pœnas ſuſtinet. Tum ex ſacris conſtitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Conſtitutionibus hæc pœna invaſori imponitur, ut ſi rei dominus eſt, dominium ejus amittat: ſi aliena eſt, cum re alterum tantum vim paſſo reſtituat, *lib. 5. l. 7. C. unde vi.* Eademque pœna poſtea placuit etiam multandos conductores cæteroſque alienæ poſſeſſionis detentores, qui ſine juſta cauſa recuſant rem reſtituere iis, à quibus acceperunt, in eaque recuſatione perſequerent, donec à judice condemnentur, *l. non abs re. 10. C. eod.* de quo plura dixi *ſup. ad pr. de locat.*

Ut ſupra diximus] *l. [illegible] vi bon. rapt.* ubi didicimus, eandem quoque pœnam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ diſtinximus, & qua quæque pœna coerceatur, tum à prætore, tum legibus & Principum conſtitutionibus, obiter notavimus *ſub rubr. eod.*

Lege Iulia de vi]. Ne quid per vim admittatur, etiam legibus Juliis de vi publica & vi privata proſpectum eſt, *l. 1. §. 2. unde vi.* Lege Julia de vi publica tenetur, qui aliquem armis de poſſeſſione expulit, *l. 3. §. 2. de vi publ.* De vi privata, qui ſine armis, *l. 5. de vi priv.* Vis armata ideo publica habetur, quod ſolius reipubl. eſt, armis uti. De pœna harum legum eſt in *§. item lex 8. inf. de publ. jud.*

Armorum appellatione] vid. *l. armorum 41. de verb. ſign. l. armatos 9. de vi publ. l. 3. §. 2. unde vi Ciceronem in ea pro Cæcinna.*

TEXTUS.

Diviſio tertia.

4. Tertia diviſio interdictorum eſt: quod aut ſimplicia ſunt, aut duplicia. Simplicia ſunt, veluti in quibus alter actor, alter reus eſt: qualia ſunt omnia reſtitutoria, aut exhibitoria. Nam actor is eſt, qui deſiderat aut exhiberi aut reſtitui: reus autem is eſt, à quo deſideratur, ut reſtituat, aut exhibeat: Prohibitoriorum autem interdictorum alia ſimplicia ſunt, alia duplicia. Simplicia ſunt, veluti cum prætor prohibet in loco ſacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam actor eſt, qui deſiderat, ne quid fiat: reus eſt, qui aliquid facere conatur. Duplicia ſunt, veluti uti poſſidetis *interdictum, &* utrubi. *ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio eſt: nec quiſquam præcipue reus, vel actor intelligitur: ſed unusquisque tam rei, quam actoris partes ſuſtinet.*

NOTA.

CUM PRÆTOR PROHIBET IN LOCO SACRO, &c.] Simplicia quoque ſunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque, *d. l. 2.*

COMMENTARIUS.

1. *An dentur interdicta duplicia tam recuperandæ, quam adipiſcendæ poſſeſſionis.*

TErtia hæc diviſio ſumpta eſt à perſonis litigantium. Quædam enim interdicta ſunt, in quibus

bus uterque litigator unam tantum perſonam ſuſtinet, nempe vel actoris vel rei: qualia ſunt, in quibus prætor ſingulari numero utens unum tantum alloquitur, veluti, *Vnde vi tu illum dejeciſti, eo illum reſtituas. Ne quid in loco facere facias, inve eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.* Quædam in quibus uterque ſuſtinet perſonam duplicem, & actoris ſcilicet & rei: qualia ſunt, in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit; veluti, *Vti poſſidetis, quo minus ita poſſideatis, &c. Vti alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini, l. 1. in pr. de ſuperfic.* Hinc illa ſimplicia, hæc duplicia dicta ſunt. Extat hæc diviſio apud Paulum, *l. 2. §. hoc tit.*

1 *Duplicia ſunt, veluti Vti poſſidetis & Vtrubi*] Ejuſdem generis interdictum eſt, quod de ſuperficiebus proponitur, *l. 1. pr. & §. 2. de ſuperfic.* Alibi hæc interdicta eodem ſenſu dicuntur mixta, *l. actionis 37. §. 1. de obl. & act.* Paulus *l. 2. hoc tit. in fin.* ſcribit, etiam eſſe quædam interdicta duplicia tam recuperandæ quam adipiſcendæ poſſeſſionis. Sed Cujacius *4. obſ. 11.* negat, ullum hujusmodi interdictum dari. quippe fieri non poſſe, ut quis ſimul agat & ad poſſeſſionem jam primum adipiſcendam & ad amiſſam recuperandam: hæc enim repugnantia eſſe; ac proinde verba illa *tam recuperandæ quam adipiſcendæ poſſeſſionis*, vel transferenda eſſe in *l. ſeq.* vel potius omnino expungenda. At enim illud fieri poteſt, ut idem interdictum accommodetur & ei, qui jam primum poſſeſſionem adipiſci ſtudet, & illi item, qui de amiſſa recuperanda ſollicitus eſt. Cujusmodi eſt interdictum. Ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus eſt. Nam hoc interdicto tenetur, & qui prohibuit aliquem in poſſeſſionem venire; & is, à quo quis poſſeſſione pulſus eſt, *l. 1. §. 2. illo tit.*

Par utriusque litigatoris conditio] Eum tamen actoris partes obtinere in his interdictis pleriq; cenſent, qui prior ad judicium provocavit, *arg. l. in tribus 13. de judic.* idque non tantum quoad litis ordinationem, ſed etiam quoad litis definitionem: ac proinde non probante eo, qui provocavit, reum abſolvi. *DD. comm. in d. l. 13. Schneid. hic, n. 5. & ib. in not. Weſemb. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 142. num. 6.*

TEXTUS.

De ordine & vetere exitu.

8. De ordine & vetere exitu interdictorum ſupervacuum eſt hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia ſunt hodie omnia judicia) non eſt neceſſe reddi interdictum: ſed perinde judicatur ſine interdictis, ac ſi utilis actio ex cauſa interdicti reddita fuiſſet.

NOTA.

Qualia hodie omnia Judicia] Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia ſunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio non obſervatur.

Commentarius.

1. *Quæ judicia ordinaria, quæ extraordinaria olim dicta.*

Hic locus à me expoſitus eſt *ſub pr. hujus tit.* Pro *exitu.* Hotomanno legendum videtur *ritu*; ut agendi, ſive ut nunc loquuntur, procedendi formam intelligamus. Quod non placet: quia tunc bis idem diceret Imp. nam ordinis appellatione nihil aliud hic ſignificatur, quam ritus, & modus procedendi. Igitur *de ordine*, id eſt, de ritu & conceptione formularum, *de exitu*, id eſt, de effectu. Sic exitus actionis *l. 10. § 14. quæ in fraud. cred.* exitus controverſiæ poſſeſſionis *l. 35. de acq. poſſ.* Theoph. περὶ τῆς τάξεως καὶ τοῦ ἀποτελέσματος.

Qualia ſunt hodie omnia judicia] Ait, ſuo tempore judicia omnia extraordinaria fuiſſe. Ordinaria judicia dicebantur, in quibus ordine & more uſitato veterum judiciorum lis agebatur: quo more prætor aditus non ipſe judicabat, ſed quibusdam præparatoriis in jure apud eum tractatis, actionem & formulam dabat, miſſis porro litigatoribus ad judices pedaneos, qui de re cognoſcerent & judicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis obſervari ſolebat, *l. 1. §. 2. ſi mul. ventr. nom.* Exceptæ erant quædam cauſæ de quibus ipſe prætor ex officio cognoſcere debebat, quod quia præter morem judiciorum ordinarium fiebat, & ab ipſo prætore, inde illæ cauſæ dictæ ſunt prætoriæ & extraordinariæ, *tit. de extra. ord. cogn.* Poſtquam autem vetus ille mos dandorum judicum ſublatus eſt, magiſtratibusque injunctum, ut ipſi de cauſis cognoſcant & judicent, *l. 2. C. de pedan. jud.* omnes actiones extraordinariæ dici cœperunt: eoque ſenſu ac reſpectu puto Juſtinianum quoq; hic dixiſſe, judicia omnia eſſe extraordinaria eſſe. Alioqui certe poſtquam ordinarium eſſe cœpit, ut ipſi magiſtratus judicent, non poſſunt judicia, quæ à magiſtratibus exercentur, extraordinaria vocari. Rep. *quæ ſcripſimus ad princ. ſup. de actionibus.* 1

TITULUS XVI.

De pœna temere litigantium.

Con-

Continuatio.

COGNITO jure tum actoris tum rei, non inconveniens Juſtiniano viſum eſt, aliquid ſubjungere de pœna, qua coerceantur, qui eo jure abutentes, vel temeritate & inconſiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, ſive intendendo litem, ſive excipiendo.

TEXTUS.

De pœnis in genere.

Nunc admonendi ſumus, magnam curam egiſſe eos, qui jura ſuſtinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod & nobis ſtudio eſt. Idque eo maxime fieri poteſt, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coerceantur.

NOTÆ.

QUI JURA SUSTINEBANT] Id eſt, legumlatores, magiſtratus, jurisperiti, *l. 21. de reb. cred. l. 13. C. de jud. c. 2. π. de ſent. & re ju.* Suet. *in Veſp. c. 10.*

MODO PECUNIARIA POENA] Reus in iis cauſis, quæ inficiando creſcunt, *§. 19. 23. & 26. ſup. de act.* actor pœna plus petitionis. *§. 33 ſup. d. tit.*

INFAMIÆ METU] Ut in judiciis famoſis, *§. 2. inf. eod.* Sed & φιλοδίκους infamia ſequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. Cauſæ litium præcidendæ: lites exortæ ſtatim ſopiendæ: temere litigantes coercendi.

LEgiſlatorem, auctore Platone, in id unice incumbere oportet, ut civitatem quoad fieri poteſt, redigat quaſi ad unitatem, hoc eſt, ad concordiam & unanimitatem. Itaque cum nulla ſit res, quæ cocordiam & civium inter ſe conſenſum magis turbat, quam litium multitudo & frequentia, danda opera eſt, non tantum ut cauſæ litium præcidantur, lites exortæ confeſtim dirimantur; cujus rei ut in legibus ferendis rationem haberet, regem ſuum monuit Iſocrates: ſed etiam, ut à litigando homines deterreantur, & pœnarum comminatione tam temere litigantium confidentia, quam improbe calumniantium malitia compeſcatur. In hunc finem quoque inſtitutæ fuerunt ſponſiones illæ, quibus litigatores ſe mutuo provocabant, *ſi veram bonamque cauſam haberent*; quarum frequens mentio apud Ciceronem: tum etiam ſacramenta, bonæ fidei & cauſæ pignora, inter quæ & ſponſiones quid interſit, ex Varrone, Feſto, Aſconio docet Hotomannus in Quintiana.

Modo pecuniaria pœna] Temeritas litigandi, & multa pecuniaria, & jurisjurandi & infamiæ metu, coercetur. Multam intelligit, ſi reos ſpectemus in iis cauſis, quæ inficiando creſcunt; quales ſunt, damni injuria dati, depoſiti miſerabilis, piorum legatorum. Si actores pœnam plus petitionis; de qua explicatum ſub §. *ſi quis agens, ſup. de action.* Jusjurandum autem calumniæ ſignificat, de quo mox dicetur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, διότι τὸ μὲν ἀτιμωθῆναί τινα καὶ στερηθῆναι τοῦ καλῶς πολιτεύεσθαι, ἤτοι καθαρῶς, μέγα καὶ φοβερόν. *Theod. Hermop. ad l. 104. de reg. jur.* Intelligit autem infamiam ex judiciis famoſis. De quibus explicabit inferius §. 2. *h. t.*

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria.

1. Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex conſtitutione noſtra defertur. Nam reus non aliter ſuis allegationibus utitur, niſi prius juraverit, quod putans ſe bona inſtantia uti ad contradicendum pervenit. At adverſus inficiantes, ex quibusdam cauſis dupli actio conſtituitur; veluti ſi damni, injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quam ſimpli eſt actio; veluti furti manifeſti, quadrupli; nec manifeſti, dupli. Nam ex his, & aliis quibusdam cauſis, ſive quis neget, ſive fateatur, pluris quam ſimpli eſt actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex noſtra conſtitutione, quod non calumniandi animo litem moviſſet, ſed exiſtimando, ſe bonam cauſam habere. Utriusque

etiam partis advocati jusjurandum ſubeunt, quod alia noſtra conſtitutione comprehenſum eſt. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta ſunt: quæ in deſuetudinem abiit; quia in partem decimam litis actores multabat; quod nusquam factum eſſe invenimus: ſed pro his introductum eſt & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impenſas litis inferre adverſario ſuo cogatur.

NOTÆ.

1. CONSTITUTIONE NOSTRA] Extat *in l. 2. C. de jurejur. prop. calum. dand.*

PUTANS SE BONA INSTANTIA UTI] Id eſt, reus jurat ſe δίκαιαν νομίζειν τὴν ἀντίῤῥησιν εἶναι τῆς δίκης. *Nov. 49. c. ult. §. 1.* Eſt igitur inſtantia, ſive ἔνστασις, defenſio, ſeu contradictio rei. Inſtare, ἐνίστασθαι contradicere, ἀντιλέγειν. Th.

VEL TRIPLI] Th. εἰς τὸ τετραπλοῦν, *in quadruplum.* Sed hæc verba *vel tripli*, & apud Th. εἰς τὸ τετρ. expungenda ſunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio eſt, Cujac. Hotomann. Fabrot.

ACTORIS QUOQUE CALUMNIA] Jurat actor, ſe non calumniandi animo litem intendere, ſed quod exiſtimet ſe bonam cauſam habere, *d. l. 2. C. de jur. propt. cal.* Hinc apparet hoc genus jurisjurandi magis eſſe opinionis, quam aſſertionis: nec perjurum dici poſſe, qui non obtinuit.

COMMENTARIUS.

1. *Iusjurandum calumniæ, à Iuſtiniano revocatum, qui preſtant, & quale id ſit.*
2. *Iusjurandum advocatorum & procuratorum in ſingulis cauſis.*
3. *Victum in lite etiam in impenſas & damna condemnandum: niſi juſtam cauſam litigandi habuerit: & damnandum etiamſi hæc nominatim petita non fuerint.*
4. *Mores hodierni circa ſuperiora omnia.*

1 Iusjurandum calumniæ, quod apud veteres uſurpatum; *l. inter cohæredes 44. §. qui familiæ, fam. erc.* in deſuetudinem poſtea abiiſſe videtur, Juſtinian. revocavit, *l. 2. C. de jurejur. propt. cal. dand.* ubi ſancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret: primum actor, ſe non calumniandi animo litem intendere, ſed quod exiſtimet, ſe bonā cauſam habere: deinde reus, ſe non dolo malo, aut negotii faceſſendi cauſa actori contradicere; ſed quod putet, ſe bona inſtantia uti, & juſte ad inficias ire. *Nov. 49. cap. ult. §. 1.* ubi jubetur reus jurare ſe, δικαίαν νομίζειν τὴν ἀντίῤῥησιν, ἢ εἶναι τῆς δίκης. Unde apparet, hoc jusjurandum magis eſſe opinionis, quam aſſertionis, nec perjurum dici poſſe, qui non obtinuit. *Perez. ad d. tit. C. n. 3.* Ex conſtitutionibus novellis jurant pariter ambo, nihil ſe prorſus differendi vel corrumpendi judicii cauſa feciſſe facturosque eſſe. *Nov. 49. auth. hoc Sacramentum*, *& auth. in iſto. C. eod. Nov. 124. c. 1. auth. principales, C. eod.* Pro iis, qui in tutela aut curatione ſunt, jurant tutores curatoresve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obtinet & in cæteris rerum alienarum legitimis adminiſtrationibus *d. l. 2. §. 2. & ſeq. junct. d. auth. principales.* Jurandum autem eſt apud judicem, qui de cauſa cognoſcit. Cæterum ſi vel perſonæ dignitas, vel ſexus verecundia, vel morbus non patiatur litigatorem ad tribunal venire, mittitur aliquis, qui juramentum domi litigantis excipiat, præſente adverſario ejusve procuratore, *d. Nov. 124. c. 1. d. l. 2. § 1. C. eod.* Jure pontificio etiam permiſſum eſt, per procuratorem in animam domini jurari; ad quod tamen ſpeciale mandatum exigitur, *c. cum cauſam 6. de jur. calum. c. 3. §. pen. & ult. eod. in 6.* & hoc modo frequentius nomine abſentium jurari ſolet. *Gudelin. lib. 4. de jur. noviſſ. cap. 8. in fin. Gail. 1. obſ. 83. 88. & ſeq. Merul lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 8. c. 4.*

Adverſus inficiantes ex quibusdam cauſis] Ex damni injuria dati, depoſiti miſerabilis, & piorum legatorum cauſa lis inficiatione duplatur, *§. ſed furti 26. ſup. de act.* ubi hac de re ſatis copioſe dictum eſt. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, jusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli] Hæc verba tollenda ſunt. Nulla enim in inficiantem tripli actio eſt. Sed neque in vetuſtis codicibus ea reperiri teſtantur Cujac. Hotoman. Pacius.

Pluris quam ſimpli actio eſt] Ex furti cauſa lis etiam ſine inficiatione pœnam affert. Sed hæc pœna huc non pertinet: quoniam temeritatem litigantis non coercet: voluitque Juſtinianus tantum obiter indicare diſſimilitudinem cauſarum.

Vtriusque etiam parti advocati] Etiam à pa- 2
tronis cauſarum ſeu advocatis jusjurandum ſimile ſuperiori, & in cauſa qualibet exigitur, ut ſcirent, ſe integro animo cauſam clientis ſui ſuſcipere, nec falſi patrocinii ſibi conſcios eſſe; nullam ſe operam nullumque ſtudium in cauſa clientis ſui intermiſſuros: denique ſi quid malitioſe aut improbe fingi in ea poſtea deprehenderint, ejus ſe patrocinium protinus omiſſuros, *l. 2. pr. C. de jur. propt. cal. l. rem non*

non novam 14. §. 1. C. de judic. De procuratoribus nihil ſimile jus civile diſpoſuit: ſed jure pontificio cautum, ut non obſtante præcedente reorum juramento, procuratores ad exemplum advocatorum ſimiliter ſuo nomine jurent, *cap. cum cauſam 6. de jur. calum. c. 2. eod. in 6.*

Pro veteri calumnia actione] Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores partem decimam æſtimationis litis, expenſarum nomine, multabantur; *l. ult. C. Hermog. de calumniat.* quam hic abrogat Juſtinianus, licet deſuetudine jam obliteratam. Eadem tamen reſtituit, atque in uſum revocare conatus eſt. *Nov. 112.* hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromiſſione ſed ſatisdatione fieret.

Damnum & impenſas] Appendix ſententiæ eſt condemnatio in ſumptus & expenſas litis. Conſtitutum namque eſt, victum in lite in expenſas quoque & cætera damna victori condemnandum eſſe, *l. eum quem 79. de judic. l. properandum §. ſive autem 6. C. de judic. l. 4. C. de fruct. & lit. expenſ. Nov. 82. c. 10. & hoc text.* Nec victo prodeſt ejuraſſe calumniam; ut enim vere de calumnia juraverit, nihilominus tamen ei imputari poteſt, quod temere adverſarium ſuum in jus vocavit, *d. l. eum quem de judic.* Plane, ſi quis juſtam cauſam litigandi habuiſſe videatur, quod interdum accidit, vel quia res obſcura eſt, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex diſcrepantibus Doctorum ſententiis, placet hunc, etſi victus eſt, ab onere expenſarum excuſari, *d. Nov. 82. c. 10. auth. poſt jusjurandum, in fin. C. de judic.* idque judicis religioni & prudentiæ æſtimandum relinquitur: neque tam ex jure ſcripto, quam ex uſu judiciorum peti debet. *conſ. DD. in d. l. eum quem, de judic. & d. l. properandum, C. eod. Covarr. pr. q. 27. n. 5. Viv. lib. 1. opin. 425. Menoch. arbitr. lib. 2. cent. 2. caſ. 177. & 1. præſumpt. 35. Gail 1. obſ. 151. & ſeqq. Gudelin. lib. 4. de jur. Nov. c. 13. D. Tuld. comm. hic, c. 3. Chriſt. vol. 1. dec. 266. & vol. 4. dec. 97. cum ibi citat. Sichard. in d. l. properandum, §. ſive autem, & in l. ſancimus 13. C. de judic.* Porro præter impenſas in ipſam litem factas etiam cætera damna adverſarii in condemnationem veniunt, ut hic textus expreſſe docet: ſed intrinſeca tantum, non extrinſeca, ut vulgo diſtinguunt. *Sich[illegible] ſancimus, n. 9. & ſeq. Teſſaur. [illegible] 87.* Quid ſi victor propriam cauſam egerit? Etiamne hic ſalarii ratio habenda? *vid. Mynſ. 1. obſ. 2. Gail. 1. obſ. 151. n. 16. Trentac. 2. pr. reſ. tit. de poſtul. n. 3. Gudel. d. c. 13. Chriſt vol. 2. deciſ. 102. n. 1.* Illud etiam tenendum eſt, quamvis expenſæ nominatim petitæ non ſint, nihilominus tamen victum cauſa cognita victori in eas condemnandum eſſe, usque adeo ut ſi judex hanc condemnationem omiſerit, rem periculi ſui faciat, *d. l. properandum §. ſive autem d. Nov. 82. cap. 10. Nic. Valla de reb. dub. tract. 1. n. 18. Gudelin. d. cap. 13. verſ. cæterum. Sichard. ad d. §. ſive autem n. 18.* ubi hanc ſententiam in puncto juris veram eſſe fatetur poſt *Salic. ibid.* licet *Bart. & comm. DD.* contrarium teneant. Facta autem impenſarum declaratione, judex eas taxare, & ſuper iis juramentum victori deferre debet. *Sichard. in d. §. ſive autem n. 16. Gudelin. d. cap. 13.*

Atque hæc quidem jure ſcripto ſic obtinent: cæterum moribus hodiernis magnam partem exoleverunt. 4 Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur: & vix jurisjurandi calumniæ in plerisque tribunalibus uſus eſt. *D. Gudelin. lib. 4. de jur. Nov. c. 8. in fin. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 8. cap. 1. Weſemb. par. de jurejur. n. 9. Chriſtin. vol. 2. dec. 147.* de quo queritur *D. Did. Tulden. lib. 4. de cauſ. corrupt. jud. c. 14.* Loquor de juramento calumniæ, quo de hic agitur, quod in exordio judicii à litigatoribus ſuper tota lite jure communi præſtandum eſt: nam quod interdum poſtea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui jusjurandum judiciale defert, *l. jusjurand. 34. §. 4. de jurej.* id moribus adhuc obtinet. *Weſemb. d. n. 9.* Sed neque advocati aut procuratores amplius in ſingulis cauſis jusjurandum præſtant; verum ſemel in univerſum, cum deſignantur ſive ad poſtulandum agendumve pro aliis admittuntur. *Perez. ad tit. C. de jur. propt. cal. Gudelin. d. c. 8. in fin. Merul. d. tit. 8. c. 3. & 4.* quod tamen jusjurandum quotannis ſtatis temporibus apud nos renovare tenentur *art. 71. Inſtr. Cur. Holl.* Jure communi ipſi quoque judices in ſingulis cauſis ſacramenti religione obſtringuntur, ut jurent, ſe ex vero & legibus judicaturos, *l. rem non novam 14. in pr. C. de jud.* Sed & illi hodie unicum tantum jusjurandum dant in ingreſſu muneris, quod in cauſis ſingulis pro repetito habetur, *arg. auth hoc ſacramentum C. de jurejur. propt. cal. Weſ. ad tit. C. de ord. jud. n. 5.* Porto nec uſu hodierno recepta eſt actio illa decimaria, quam diximus Juſtinianum, obliteratam antea & hic repudiatam, poſtea in uſum revocare ſtuduiſſe. *Nov. 112. Gudel. d. lib. 4. c. 13. in fin.* Quæ vero dicta ſunt de condemnatione in expenſas litis & cætera damna adverſarii, ea fere hodieque obtinent; niſi quod victus non aliter in hæc condemnari nunc ſolet, quam ſi petita fuerint: non quod judex non poſſit ex officio victori impenſas adjudicare, etiamſi petitæ non ſint; ſed quia, ut *Bart. Bald. & DD. comm. in d. l. properandum §. ſive autem C. de judic.* cenſent, & uſus judiciorum recepit, non tenetur. Cæterum impenſæ ſatis petitæ intelliguntur ſecundum pleroſque, ſi libello, ut fieri ſolet, adjecta ſit clauſula,

ſula, *ut ſuper omnibus optimo quoque modo jus & juſtitia adminiſtretur. Gail. 1. obſ. 151. Mynſing. 4. obſ. 55. Damhoud. prax. civ. c. 108. & ibi in annot. Nicol. Tulden. Merul. d. ſect. 3. tit 1. cap. 2. num. 15. Gudelin. d. cap. 13.* Victor quas facit impenſas libello complectitur, & adverſarius quantitatem earum deminuit; ac demum judex vi taxationis in ſententia ſibi reſervatæ, utraque parte audita modum earum conſtituit, *art. 95. & ſeq. Inſtruct. Cur. Holl Merull. lib. 4. diſt. 4. ſect. 5. tit. 15. & ſeq. Gudelin. dict. cap. 13. verſ. ult.* Temerarii litigatores apud nos multantur hoc modo. Qui in oppidis aut apud Baillivum & Pares Curiæ litem temere aut intendit aut ſuſpicit, præterquam quod cauſam amittit, & impenſarum damnum ſentit, jubetur condemnari in actionibus realibus in ſummam trium florenorũ in perſonalibus in triceſimam partem ejus, quod petitum eſt, ut tamen hæc pœna non excedat ſummam ſex florenorum. In pagis eadem temeritas coercetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem aſſium: in perſonalibus pœna quinquageſimæ æſtimationis rei petitæ, quæ tamen pœna non egrediatur ſummam trium florenorum, *art. 22. Ordin. Inſtit.* Quod ſi quis ab inferiore judice ad Curiam provincialem temere provocet, is jubetur condemnari in florenos triginta, *art. 211. Inſtruct. Cur. Holland.* & à Curia temere appellans ſupremum Senatum, in florenos quinquaginta, *art. 232. Inſtruct ſupr. Senat.* quæ pœnæ fiſco cedunt, uti ſuperiores officiario, *add. noviſſ. ampliat. Inſtruct. Cur. Holl. edit, ann. 1644.*

TEXTUS.

De infamia.

2. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominioſi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depoſiti, directis, non contrariis actionibus; item pro ſocio; quæ ab utraque parte directa eſt: & ob id quilibet ex ſociis eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non ſolum damnati notantur ignominia, ſed & pacti: & recte: plurimum enim intereſt, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor ſit.*

NOTÆ.

DIRECTIS, NON CONTRARIIS ACTIONIBUS] *d. l. 1.* Nam in contrariis judiciis de dolo aut perfidia non agitur: ſed tantum de calculo & ſupputatione ejus, quod contrario judicio agenti abeſt, *d. l. 6. §. ult. l. 5. depoſ.* Nemo autem notatur: niſi qui ex his cauſis ob dolum ac perfidiam damnatus ſit, *d. l. 6. §. ult. d. l. 5. depoſ.*

SED ET PACTI] *d. l. 1. l. 4. §. ult. d. t.* Ratio eſt, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciſcitur, *l. 5. eod.* utique ſi cum pretio quantocumque pactus ſit: non ſi gratis remiſſa ſit actio. Inhumanum enim eſſet, veniæ nullum locum dari *d. l. 6. §. 3.*

COMMENTARIUS.

1. *Judicia civilia ex delicto, quæ, qua conditione concurrente, famoſa.*
2. *Famoſam non eſſe actionem quod met. ca. neque interdicta, neque condictiones, quamvis ex famoſis cauſis.*
3. *Ex contractu quæ, quibus conditionibus concurrentibus, judicia famoſa.*
4. *Cur non omnia judicia bonæ fidei famoſa.*
5. *In actionibus famoſis ex delicto, etiam pactos, infamia notari: in iis, quæ ex contractibus, non item: & cur tam vari.*

POena infamiæ non tam temeritatis pœna eſt, quam doli: & certis duntaxat ex cauſis judicio civili damnatis infligitur: quales ſunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recenſentur. Judicia quidem criminalia & ipſa ut plurimum famoſa ſunt: ſed ea huc non pertinent.

Veluti furti, &c.] Furti, rapinæ, injuriarum, de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, *l. 1. de his qui not. inf.* Damnatio ea accipienda eſt, vel à qua non eſt provocatum, vel quæ confirmata eſt, *l. 6. §. 1 eod.* Addit prætor in edicto, ſi damnati ſint ſuo nomine, *l. 1. l. 4. §. ult. eod.* Conditio addita propter procuratores, tutores & curatores, qui alieno nomine conventi, tametſi ipſi condemnentur, infamiæ tamen notam non ſubeunt, *d. l. 6. §. 2.* Famoſa quoque ſunt judicia, ſepulchri violati, *l. 1. de ſepulchr. viol.* & expilatæ hæreditatis, quod eſt gravius judicio furti, *l. ſi te 12. C. ex quib. ca. infam.* item actio, quæ eſt adverſus mulierem, q[illegible] ut in poſſeſſionẽ bonorum ventris nomine mitteret[illegible]tem ſe adſeveravit, cum prægnans non eſſet, aut ex alio co[illegible] piſſet, *l. notatur. 15 cum 4. ſeqq. eod.* Actio autem quod metus cauſa famoſa non eſt, quoniã in hac ſatis viſum quadrupli pœna contumaciam coerceri. *Don. 15. comm 40.* Sed neque ulla interdicta famoſa ſunt, quamvis ſint ex cauſa delicti, *l. neque 13. unde vi.* Poſtremo nec inter cauſas famoſas ex delicto numera-

Note: marginal numbers 1 and 2 appear beside the lines beginning "Veluti furti" and "quod metus cauſa".

meratur damnum injuria datum: nimirum quia etſi ponamus, conſulto & malo animo damnum datum eſſe, tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competeret) non videtur tam atrocem pœnam mereri. *Hotom. hic.* Illud conſtat, in condictionibus ceſſare ignominiam, quamvis ex famoſis cauſis deſcendant, *l. ceſſat 36. de obl. & act.* veluti in condictione furtiva & actione rerum amotarum, *per l. pen. de cond. furt. l. rerum. 26. de act. rer. amot.*

Tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio] Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiſcentia, tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio, famoſa ſunt, notanturque his judiciis damnati, ſi tres hæ conditiones concurrant; ſi quis ſuo nomine; ſi de dolo ac perfidia ſua; ſi directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum cauſis ſuperioribus communis eſt, *l. 1. l. 4. §. ult. de his, qui not. inf.* Ex qua intelligimus, notari eos ſolum, qui ſuo, non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores, tutores, curatores, hæredes. Itaque ſi quis judicio famoſo conventus curet, ut per procuratorem defendatur, hic futurum eſt, ut & ipſe infamiam effugiat, quia non condemnabitur, ſed procurator ejus; *l. 1. C. de ſent. & interloc.* neque tamen notetur procurator, qui condemnatur alieno nomine, *d. l. 6. §. 2.* De hærede quoque idem eodem loco dicitur: nimirum etſi hæres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in ſolidum teneatur, & lite conteſtata pœnales quoque ex delicto contra eum tranſeunt; *l. 12. l. omnes 26. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. §. ult. l. pœnalia 164. cum ſimil. de reg. jur.* neutro tamen caſu ita tenetur ut damnatus infamiæ notam ſubeat, cum non ſuo nomine, nec ex ſuo dolo & delicto, ſed ex alieno conveniatur. Hodie autem exiguum hæc uſum habent, quoniam non amplius ſententia in procuratorem, ſed in dominum dirigitur. *D. Tulden. in tit. C. de ſent. & interloc. n. 4. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 91. num. 16. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 5. tit. 1. cap. 1.* Neque privata judicia pœnalia habemus, quæ dici poſſunt lite conteſtata in hæredes tranſire, niſi forte injuriarum. Illud adhuc manet, quod licet ſucceſſores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in ſolidum teneantur, nunquam tamen ita tenentur, ut damnatos ſequatur infamia. Secunda conditio eſt, ſi quis ex his cauſis ob dolum ac perfidiam damnatus ſit, *l. 6. §. ult. de his qui not. infamia. l. 5. depoſ. §. ſuſpectus 6. de ſuſp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admiſit, ſed culpa tantum imperitiave aut ſolita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere poteſt, *l. probrum. 43 de verb. ſign.* Tertia & poſtrema conditio eſt, ſi quis condemnatus fuerit judicio directo, *d. l. 1. de his qui not. inf.* Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, ſed tantum de calculo & ſupputatione ejus quod contrario judicio agenti abeſt. *d. l. 6. §. ultim. eodem titul. d. l. 5. depoſ.* Hæc autem conditio addita non propter actionem pro ſocio, quippe quæ utrinque directa eſt: ſed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Plane in cauſa mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia: ut in ſpecie *d. l. 6. §. antepen. de his qui not. infam.*

Tutela, mandati, depoſiti, pro ſocio] Quid ergo? an 4
reliquis bonæ fidei judiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pignoratitia, ob dolum & perfidiam damnati, infames non erunt? Et cum prætor quatuor illa, quæ hic proponuntur, nominatim exceperit, notaverit, haud dubie in cæteris integram exiſtimationem ſervari voluit. Neque vero defuit prætori ſua ratio, cur quatuor illa à cæteris ſegregaret. Licet enim in omnibus, qui ſe malitioſe gerit, fidem ex æquo violet, in ſolis tamen illis quatuor eam violat ſpecie amicitiæ; quod majoris eſt improbitatis: nam quod de mandato non eſt fide geſto ait M. Tullius *pro Roſc. Amerin.* eo nomine non minus turpe judicium conſtitutum eſſe, quam furti; propterea quod hæc culpa duas res ſanctiſſimas violat, amicitiam & fidem; id non magis mandati judicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depoſiti, pro ſocio, pertinet, *add. Coraſ. 4. miſc. 19. Don. 18. comm. 8.* Hodiernis moribus nulla judicia civilia famoſa eſſe dicuntur, & non tam ex cauſa, quam ex genere pœnæ infamiam irrogari, *vid. Bern. Autumn. confer. ad rubr. C. ex quib. cauſ. infam. Zypæ. not. jur. eod. tit. Grœnevv. d. ll. abrog. hic.*

Sed & pacti] Non ſolum damnati ex ſuperioribus 5
delictis, ſed & pacti infamia notantur, *d. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf.* Ratio eſt, quia intelligitur confiteri crimen qui paciſcitur, *l. 5. eod.* confeſſus autem pro judicato eſt, *l. 1. de confeſſ.* Quod tamen ita acceptum eſt, ſi quis cum pretio quandocumque pactus ſit, non ſi gratis remiſſa ſit actio: nam inhumanum eſſet, veniæ nullum locum dari, *l. 6. §. 3. de his qui not. inf.* In actionibus vero, quæ famoſæ ſunt ex contractibus, paciſcens infamia non notatur: quoniam in his cauſis non tam turpis eſt pactio: & potius hic de eo, quod adverſarii intereſt, interpoſita præſumitur, quam ex conſcientia doli, *l. 7. eod.* Atque ad has cauſas tantum illud quoque pertinet, quod traditur in *l. ſi reus 73. de procur.* reum actione famoſa conventum infamiam declinare poſſe, ſi tantam pecuniam, quanta petitur, actori ſolverit, aut eo recuſante accipere, ſi oblatam apud acta depoſuerit: quanquam DD. vulgo hoc etiam ad cauſas famoſas ex delicto

delicto referunt: vid. quæ notamus ſup. §. *in ſumma de injur.*

TEXTUS.

De in jus vocando.

3. Omnium autem actionum inſtituendarum principium ab ea parte edicti proficiſcitur, qua prætor edicit de in jus vocando. Vtique enim in primis adverſarius in jus vocandus eſt, id eſt, ad eum vocandus, qui jus dicturus ſit. Qua parte prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum, hunc præſtat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam ſi id ab ipſo prætore poſtulaverint & impetraverint. Et ſi quis aliter vocaverit, in eum pœnam ſolidorum quinquaginta conſtituit.

NOTÆ.

3. ACTIONUM INSTITUENDARUM] In jus votio principium eſt judicii inſtituendi, & prima ordinis judiciarii pars, *l. 1. C. de exc. rei jud.*

PARENTIBUS ET PATRONIS] *l. 4. cum ſeqq. de in jus voc. §. 12. ſup. de act.* Macrob. 7. *Saturn. 5. Ab auctoritate veſtra tanquam ab edicto prætoris impetrata venia.*

SOLIDORUM QUINQUAGINTA] *l. pen. d. t.* quod ſi libertus inopia laboret, à præfecto urbi, quaſi inofficioſus caſtigatur, *l. ult. eod.* Unde vulgo dici ſolet, *qui non habet in ære, luat in pelle.*

COMMENTARIUS.

1. *Partes proceſſus judiciarii.*
2. *An in jus vocatio pars ſit judicii.*
3. *Effecta in jus vocationis.*
4. *Omiſſa in jus vocatione nihil cognoſci aut ſtatui poſſe.*
5. *Quid interſit inter citare, & in jus vocare.*

CONcluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hactenus dicta ſunt, pertinent; doceturque, actionem omnem inſtituendam eſſe apud magiſtratum, cujus de ea re juriſdictio eſt, vocato prius ad eum adverſario.

1 *Actionum inſtituendarum principium*] Proceſſus judiciarii partes ſunt quatuor, quarum ordinem & progreſſum natura ipſa oſtendit, & eleganter expreſſerunt *Impp. in l. 1. C. de except. rei jud.* in jus vocatio, litis conteſtatio, cauſæ cognitio, ſententia. Additur & quinta, ſententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, ſecerni poteſt. Prima ordinis judiciarii pars eſt in jus vocatio: ab ea enim, ut hic dicitur, omnium actionum inſtituendarum initium proficiſcitur. Quidam & judicii partem eſſe contendunt: ſed hoc alii & plures negant; quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis eſt conteſtata, *l. un. Cod. de lit. conteſt. l. amplius 15. ratam rem. hab. Gail. 2. obſ. 48. & 74. Weſemb. par. de jud. n. 6. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 149. n. 12. & dec. 155. n. 9.*
Diſſidium non difficile compoſitu. Nam aut vocem 2 judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ proceſſus judiciarii eſt pars ultima. *Weſemb. ad rubr. C. de jud. n. 19. Cagnol. ad rubr. C. de edend. n. 21. & 24.* aut preſſius, ut tantum contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe pro progreſſu judicii à lite conteſtata usque ad ſententiam, qui inſtantia dici ſolet. *Marant. ſpec. aur. p. 5. num. 2.* Priore ſenſu non minus in jus vocatio proprie & vere pars judicii eſt, quam litis conteſtatio, &c. Poſteriore proprie judicii pars non eſt: quanquam nihil vetat, partem judicii etiam proprie dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut ſine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam, qui partem eſſe judicii negant, eam vocant principium, baſin & fundamentum proceſſus. *Gail. d. obſ. 48. & dict. obſ. 74. n. 1.* Effecta in jus vocationis hæc fere ſunt. 1. Ut ſi quis poſtea quam in jus vocatus eſt, alterius 3 fori eſſe cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæſito, is in ea cauſa jus forum revocandi non habeat, quaſi vocatione præventus, *l. 7. de judic.* 2. Quod perpetuam juriſdictionem judicis delegati. hoc eſt, uti is delegante poſt propoſitum citationis edictum mortuo, nihilominus in cauſa procedere poſſit & debeat, *c. gratum 20 de off. deleg.* 3. Quod poſt citationem in actionibus in rem res, de qua agitur, litigioſa eſſe incipit, *auth. litigioſa C. de litigioſ. vid. Covarr. pr. qu. 15. n. 6.*

In primis adverſarius in jus vocandus eſt] Qui judicio cū aliquo contendere conſtituit, is ante omnia adverſarium ſuum in jus [illegible], eique actionem edere, quo is ſecum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere; & ſi contendendum putet, ut veniat inſtructus, *l. 1. de edend. auth. offeratur. C. de lit. cont.* Unde intelligimus, hunc 4 actum omnino neceſſarium eſſe, eoque omiſſo nihil cognoſci, nihil ſtatui poſſe: & ſi contra factum ſit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, *fac. l. 4. C. de ſent. & interloc.* & merito: quo-

quoniam ſic deficit una ex perſonis, quæ ad conſtitutionem judicii neceſſario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defenſione, quæ naturalis eſt. *Clement. paſtoralis de re jud. Pet. Gregor. 48. ſyntagm. 2. num. 28. Damhoud. prax. civ. cap. 54 num. 3. Gail. obſ. 48. & de pac. publ. 5. n. 6. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 1. tit. 4. cap. 1. Chriſtin. vol 2. dec. 89.*

Qui jus dicturus ſit] In jus vocare, eſt ad eum vocare, qui jus dicturus eſt, juris experiundi gratia, *l. 1. de in jus voc. & hoc text.* Judicem igitur, ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præeſſe, aut aliam jurisdictionem habere. Ad eum, qui nudam duntaxat notionem habet, hoc eſt, ad judicem pedaneum vocatus, impune non parebit, *l. 3. §. 1. ne vis fiat ei, qui in jus voc.* Additur in *d. l. 1. juris experiundi cauſa*, qui finis eſt vocationis. Non enim vocatur quisquam in jus, niſi ea gratia, ut cum eo liceat jure judicioque experiri, ſive agere de re, quæ in judicium vocatur. In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & promiſcuus etiam horum verborum uſus eſt in conſtitutionibus Juſtiniani, contra quam veteres, qui verbo *citare* nunquam utuntur pro in jus vocare. Sane verbi *citandi* latior etiam nunc uſus eſt, quam in jus vocandi: quippe citationi locus eſt etiam poſt cœptum judicium, & in quavis parte judicii; veluti cum quis citatur ad audiendam ſententiam, ad videndum jurare teſtes, &c. cum in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit dicatur duntaxat. Quomodo nunc citatio ſeu in jus vocatio fieri ſoleat, quibus partibus conſtet, & quam vim habeat, cognoſces ex *Merul. lib. 2. tit. 1. & lib. 4. diſt. 4. ſect. 1. tit. 4. c. 1. & ſeqq. Gail. 1. obſ. 48. & ſeqq. & obſ. 74. n. 16. & ſeqq. Mynſ. 6. obſ. 10. Chriſt. vol. 2. dec. 89.*

Parentibus & patronis] Hac de re copioſe explicatum eſt ſub *§. pœnales 12 ſup. de actionib.*

TITULUS XVII.

De officio judicis.

1. *Continuatio. Quid ſit litis conteſtatio. An ea à parte rei aliquando per affirmationem aut confeſſionem inducatur: ejus effecta & quibus in cauſis non neceſſaria.*

Si is, qui in jus vocatus eſt, neget, quod intenditur, & cum actore paratus ſit contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & à veteri ritu teſtationis in lite inſtituenda, litis conteſtatio dicitur: de quo ritu vid. *Pet. Fab. 2. ſemeſtr. 24. Ravard. pro tribun. 11. Cujac. 9. obſ. 11.* Per litis conteſtationem poteſtas fit judici de re cognoſcendi & judicandi: ante nihil cognoſci, aut definiri poteſt. *Nov. 53. cap. 4. tot. tit. x. ut lit. non cont. non proc.* Itaque ſic recte nunc definietur (nam vetus conteſtatio lata eſt, licet nomen manſerit) negotii hinc inde apud judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eandem rei conventi reſponſionem per contradictionem, *l. un. C. de lit. cont. l. rem non novam 14. §. 1. C. de judic. l. 2. C. de jurejur. propt. calum.* Enimvero non quælibet petitio actoris & reſpoſio ſeu contradictio rei litis conteſtationem inducit, ſed diſtincta, & quæ ſtatum cauſæ judici demonſtrat. Cumque lis eſſe non poſſit, niſi unus affirmet, alter neget, apparet, litis conteſtationem non fieri, niſi quemadmodum definivi, per contradictionem ejus, quod petitur; ac proinde ex parte rei non niſi negative, *d. l. 14. §. 1. C. de judic. Vigl. de lit. conteſt. cap. 1. Obrecht. c. 2. n. 16. & ſeqq. D. Perez. ad tit. C. eod. n. 3. & 4.* Et male igitur Gloſſa *in cap. unic. x. eod. Sichard. in rubr. C. eod. num. 5 Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 6. cap. 1.* ſtatuunt, etiam per confeſſionem rei litis conteſtationem induci: nam qui hoſti ſe dedit, certare dici non poteſt. Lite conteſtata, (*ſoo haeſt de gedaeg. de geant vvoor de heeft, ende concluſie, genomen dat den* impetrant *ſynen eyſch ende concluſie ſal zijn ontſeydt*) judicium conſtitutum eſſe intelligitur, *d. l. un. C. de lit. cont. l. 15. rat. rem. hab. l. lite 35. de uſur. junct. l. 1. C. de judic.* Eſt enim litis conteſtatio, ut dictum eſt ſuperiore titulo, prima judicii pars, ſi vocem judicii proprie & ſtricte accipimus, & à DD. appellatur judicii principium formale: cujus effecta congeſſerunt, *Gail. 1. obſ 76. & 2. ſeqq. Merul. d. tit. 6. c. 2. Perez. in C. d. lit. Cont. n. 8. Tuld. ib. n. 3.* Sunt autem fere hæc. 1. Per litis conteſtationem ſtatim res ſubjicitur cognitioni judicis. 2. Actiones omnes, quæ alias tempore aut morte perituræ eſſent, ſemel judicio incluſæ ſalvæ permanent, *§. 1. ſup. de perp. & tem. act. l. omnes 26. l. ſciendum 58. de obl. & act. l. nemo 87. l. omnes 139. de reg. jur.* 3. Actiones, quæ alias triginta annorum ſpatio circumſcriptæ, poſt litis conteſtationem omiſſæ, intra quadraginta annos repeti poſſunt, *l. ult. C. de præſcr. trig. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* 4. Litis conteſtatio inducit præſtationem fructuum in ſtrictis judiciis, quibus agitur ad conſequendum, quod noſtrum non fuit, *l. videamus 38. §. ſi actionem 7. de uſur.* 5. Excludit exceptiones dilatorias, *l. pen. & ult. C. de exc.* & in univerſum actoris conditionem meliorem facit, *l. non ſolet 86. cum l. ſeq. de reg. jur.* 6. Litigatores in eodem judicio retinet, *l. ubi acceptum 30. de judic.* & retinet in conjuncto, ne cauſæ continentia dividatur,

tur, *l. nulli 10. d. tit.* adeoque actorem petitioni mutuæ (reconventionem vocant pragmatici) obnoxium reddit, *l. qui non cogitur, 22. eod. tit. l. 14. & conſequenter. C. de ſentent. & interloc.* Illud omnes paſſim notant, omiſſa litis conteſtatione proceſſum vitiari: quanquam ſunt quædam cauſæ, quæ conteſtationem non deſiderant? quales ſunt cauſæ appellationis, ſummariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora. *Mynſ. 1. obſ. 1. & 38. & 3. obſ. 74. Gail. dd. loc. Merul. d. tit. 6. ca. 2. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 155. num. 2.* Conſtitutio ſic per litis conteſtationem judicio ſtatim res ad cognitionem judicis pertinere incipit; de cujus officio porro videndum.

TEXTUS.

De officio judicis in genere.

Supereſt, ut de officio judicis diſpiciamus. Et quidem in primis illud obſervare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, aut conſtitutionibus aut moribus proditum eſt.

NOTÆ.

De officio Judicis] Aliud veteribus eſt officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis eſt, cui cohæret poteſtas exequendi, quæ mixtum imperium noſtris dicitur, *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. de off. ejus, cui mand. jurisd. l. 3. de jurisd.* alterum nudæ notionis, cauſæ cognitio, & ſententiæ dicendæ poteſtate circumſcriptum, *l. 5. l. 15, l. 55. de re jud.*

Ne alteri, quam legibus] *l. 13. C. de ſent. & interloc. auth. jubemur. C. de judic.* Quippe judex legum miniſter, non arbiter eſt. Auguſtin. *cap. 3. diſt. 4. Poſtquam leges latæ ſunt, non de ipſis, ſed ſecundum ipſas judicandum eſt, & Nov. 126. cap. 1.* jubetur judices νόμοις ἐγνωσμένην διδόναι ψῆφον; *legibus cognitam edere ſententiam*, in quas jurabant Athenis & Romæ.

Aut constitutionibus] Sententia, quæ expreſſim lata eſt contra legum, conſtitutionum, morumve præſcripta, adeo inutilis eſt, ut ne appellatio quidem neceſſaria, *leg. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ ſent. ſin. prov. l. 2. C. quand. prov. non eſt nec.*

Commentarius.

1. *Aliud eſſe officium jus dicentis, aliud judicis: illi reſpondere, quod vulgo vocatur officium judicis nobile; huic, quod mercenarium: & in quibus hæc conſiſtant.*
2. *Cauſa cognitio quid & quibus in rebus conſiſtat.*
3. *Officium judicis in judicando quale.*
4. *Quæ ſententiæ nullius momenti: quæ item, licet injuſtæ, valeant, niſi provocetur: & quid circa hæc in Belgio.*
5. *Utrum judex ſecundum conſcientiam ſuam, an ſecundum acta & probata judicare debeat.*
6. *Omnes judices, etiam ſupremos, ſecundum leges & mores judicare debere: & ſecundum quæ jura judicetur in his provinciis.*

Aliud eſt veteribus & officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis eſt, alterum nudæ notionis. 1
Illud interpretes vulgo officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis, quam ſenſu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent: minores facilitate ſua læſos in integrum reſtituere; *l. 1. §. 1. de minor.* bonorum poſſeſſionem dare; in poſſeſſionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoresve non habentibus conſtituere; judices litigantibus dare, jubere cavere prætoria ſtipulatione, *l. 1. l. 4. de jurisd.* ſententiam judicum à ſe datorum exequi; *l. à Divo 15. de re judic.* multam dicere; pignora capere; *l. 1. ſi quis judic. non obtemp. l. 4. §. 2. de damn. inf.* Sic hodie cum magiſtratus, non ſervato judicii ordine, reum nec auditum ad ſolius actoris ſupplicationem jubet ſuperſedere facto aliquo, puta cæſione ſylvæ, cultione agri, &c. idque ſub pœna, addita clauſula, quæ & neceſſario addenda, ut ſi gravatum ſe ſentiat mandato pœnali, certo die veniat ſe defenſurus; quo veniente mandatum illud reſolvitur in ſimplicem citationem: hoc item proficiſcitur ab auctoritate prætoria & officio judicis nobili. *Oldend. in præfat. Claſſ. C. de off. jud. D. Tuld. hic. c. 1.* ad officium judicis pertinet, cauſam cognoſcere; *l. 9. C. de jud.* dare & moderati dilationes; *l. 7. de fer. & dilat.* jubere cavere ſtipulatione judiciali; *§. 1. ſup. de div. ſtip.* denique de re cognita pronuntiare: nam & ſententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur, tam ſuper re principali, quam ſuper uſuris, fructibus, ſumptibus litis, aliisque acceſſionibus, *l. de qua re 74. de judic. l. qui per colluſionem 49. §. ult. de act. empt.* dicta autem ſemel ſententia, ceſſant partes judicis, & ſuccedunt magiſtratus, *l. judex. 55. de re jud.* Igitur ad officium judicis duo hæc maxime ſpectant; cauſæ cognitio, & judicatio. Cauſæ cognitio, quæ 2
& diſquiſitio, & examen, & ἀνάκρισις, eſt corpus & ſubſtantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. *Veſtr. 3. pr. aul. Rom. cap. 2. num. 7. & Gravat ad Veſtr. ibid.* Conſiſtit autem in his rebus; ut judex negotii veritatem examinet, deinde & juſtitiam; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus, *l. 3. de in int. reſt.* Cognoſcitur autem cauſa

cauſa ex iis, quæ a litigatoribus alleganrur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi; inde expendenda, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctorie & ſummatim, ut interdum fit, cum de re aliqua non ex profeſſo agitur ſed duntaxat per occaſionem, ubi judex præſentem probationem ſequens, id quod contra affertur, ſi altiorem quæſtionem habeat, in aliud tempus rejicere ſolet; *l. 3. §. 4. de Carb. edict. l. 15. §. 4. de re jud.* (conſule de cauſis ſummarii judicii & perfunctoriæ cognitionis Veſtrium *pract. aul. Rom. lib. 5. cap. 1. & ſeq. Damhoud. prax. civ. cap. 22. & ſeq. Mynſ. 3. obſ. 70. & 6. obſerv. 10.*] verum ut in juſto judicio, adhibere plena & juſta inquiſitione. Eſt autem plena & juſta inquiſitio ac cognitio, cum judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defenſionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoſcatque, *l. 9. C. de judic. & ib. DD.* Cauſa ſic diſceptata ac cognita, ſupereſt, ut judex qui de re cognovit, etiam judicet ſeu ſententiam ferat, *l. de qua 74. de judic.* in qua ferenda quid pro officio obſervare debeat, docet deinceps Juſtinianus.

Nec aliter judicet, quam legibus] Judici permiſ-
3 ſum non eſt, quo velit modo, ita judicare: quippe qui legum miniſter, non arbiter eſt. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus eſt proditum, *hoc text. l. nemo 12. C de ſent. & interloc. auth. jubemus. C. de judic. Nov. 126. c. 1.* ubi jubentur judices νόμοις ἑπομένην διδόναι ψῆφον, legibus cognitam edere ſententiam. Cui conſentaneum eſt, quod principes humanæ ſapientiæ Plat. & Ariſt. non uno loco tradiderunt, iudicem legibus alligatum eſſe oportere. Et illud Auguſt. *c. 3 diſt. 4.* Poſtquam leges latæ ſunt, non de ipſis, ſed ſecundum ipſas iudicandum. Poteſt ſane iudex verba legis, ſi duriora videantur æquitate quadam flectere, ut voluntatem legislatoris conſervet: quinimo id facere iubetur, *l. benignius 18. de leg.* atque in re omni æquitatis potius, quam ſtricti iuris rationem habere, *l. 8 C. de judic. Scriptum ſequi,* ait M. Tullius *in ea pro Cæcin. calumniatoris eſt: boni judicis, ſcriptoris voluntatem auctoritatemque defendere.* At enim vero ſi & ipſa legis verba, & ſimul mens legislatoris perſpicua ſint, quamvis à generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege ineſſe putatur, diſſideant, cuius rei exemplum habemus *in l. proſpexit §. 1. qui & à quib. man.* hic iudex non poteſt prætextu æquitatis à verbis legis recedere, ne ſimul faciat contra legis ſententiam, nec tam interpretetur legem, quã tollat; quod ſolius eſt Principis, hoc eſt, eius cuius eſt & legẽ condere, *l. 1. l. ult. C. de leg. Gudel. l. 5. de jur. nov. c. 2.*

4 Sententia contra formam iuris lata nullius momenti eſt: veluti quæ cauſa non cognita, aut non publice & palam, ac more majorum, aut non præſentibus iis, inter quos res agitur, dicta, *tit. Cod. quom. & quand. jud.* quæ ex ſcripto recitata non eſt, *C. de ſent. & brevic. r. c.* quæ abſolutionem aut condemnationem non continet, *l 3. C. de ſent. & interl.* quæ ſine certa quantitate prolata. *C. de ſent. quæ ſine cert. quant.* quæ lata eſt contra rem judicatam, à qua provocatum non eſt, *l. 1. C. quand. prov. non eſt nec.* quæ expreſſim contra leges, Senatusconſulta, aut conſtitutiones data, *l. ſi expreſſim. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ ſent. ſin. app. l. 2. C. quand. prov. non eſt nec.* & ſi quæ ſunt ſimiles. Cumque hujusmodi ſententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam ſine appellatione cauſa denuo induci poteſt, *dd. ll.* Sed quid ſi horum nihil objici poſſit, & tamen ſententia injuſta dicatur? Placet, ſententiam valere, & ſtandum eſſe rei judicatæ, ſi appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum conſtituta, *l. præſes 27. l. cum prolatis 32. de re jud. d. l. 2. C. quand. prov. non eſt nec.* usque adeo, ut nec reſcriptum Principis contra ſententiam recipiatur, *l. ult. C. ſent. reſc.* Verum hoc ita eſt, ſi nihil amplius proponatur, quam, ſententiam in hypotheſi injuſtam eſſe; quia de jure litigatores judex pronuntians eum condemnavit, quem abſolvere debebat, aut contra. Ut ecce, actor centum nomine ſortis & viginti uſurarum nomine petit: reus negat, uſuras uſurarum à ſe peti poſſe ex conſtitutionibus: judex reum in eam quantitatem, quæ petita eſt, condemnat, exiſtimans, eas conſtitutiones nihil ad rem facere: Quamvis judex id imperite & injuſte faciat, rei tamen judicatæ ſtandum eſſe reſponſum eſt, *d. l. præſes junct. d. l. cum prolatis de re jud.* Diverſa cauſa eſt, ſi pronuntiaſſet, uſuras uſurarum peti poſſe: tunc enim una cum reo conſtitutiones ipſas damnaret: qualis ſententia cum non ſolum ἄδικος ſit, ſed etiam παράνομος, de lege ipſa & contra eam directo lata, ipſo jure nulla eſt: & ideo nec provocationis auxilium in hac ſpecie neceſſariũ, *d. l. ſi expreſſim. 19. de app. d. l. 1. §. 2. quæ ſent. ſin. app.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus diſtinctionis accommodatum, *d. l. 2. C. quand. prov. non eſt nec.* ubi item exemplum aliud. Adde de tota hac re *Vant. de null. ex defect. proc. num. 118. & num. 122. & ſeqq. Zaſ. Duar. & DD. in d. l. præſes. de re jud.* ubi recte obſervant, verba *condemnavit contra leges & ſacras conſtitutiones*, non eſſe judicis pronuntiantis, ſed Juriſconſulti caſum referentis. *Add. D. Chriſtin. vol. 4. dec. 117.* ubi poſt D. Leonin. *conſ. 3. num. 7.* notat, *rubr. C. quand. prov. non eſt nec.* in hiſce partibus non obſervari. Sed appellationem neceſſariam eſſe, etiam cum ſententia ipſo jure nulla eſt, uti & moribus Gallorum, ut idem

eodem loco & *vol. 1. dec. 16. n. 6.* ex Imbert. Rebuff. Bugnion. & aliis refert. Rectius videtur dicere D. Diod. Tuld. ad *d. tit. C. in fin.* ſententias judicum in regionibus ipſo jure irritas aut nullas non eſſe. Et igitur in ſtatu judiciali ſeu quæſtione juris, quod judicem ſequi oporteat, in medio poſitum eſt: ſi quidem ex jure, quod certum eſt, & notum ei eſſe debet, ſententiam feret, tametſi à litigatoribus, aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, *l. un. C. ut quæ deſ. adv. jud. ſupp. & ib. DD.* In ſtatu autem conjecturali, ſeu cum de facto ambigitur, plus difficultatis res habet. Nam cum facta plerumque incerta ſint, probationibus eruenda veritas, & ſecundum acta & probata judicandum, *l. 6. § 1. de off. præſ.* Proin reus convictus condemnandus; non convictus, etſi ipſe nihil præſtiterit, abſolvendus, *l. 4. C. de edend. l. 9. C. de obl. & act.* nec quod deeſt in facto, judex ſupplebit, arg. *d. l. un. C. ut quæ deſ. advoc. ubi Gloſſa & DD.* niſi factum actis contineatur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata ex inſtrumento, quo probatur obligatio & actio, appareat, *Ranchin. in not. ad Guid. Pap. q. 221. Chriſt. vol. 2. deciſ. 165. num. 1*

5 Quoniam autem judex in judicando ſequi jubetur rerum probatarum fidem, *d. l. 6. §. 1. de offic. præſ.* plerique cenſuerunt, etiamſi liquido judici conſtet, falſitate aliqua vel teſtium vel inſtrumentorum bonam cauſam lædi, tamen ſecundum acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non ſecundum privatam ſcientiam; adeoque in foro animæ excuſatum eſſe, qui ſecundum probata eum, quem ſcit eſſe innocentem, condemnat. Canoniſtæ *in c. Paſtoralis 28. §. quia vero x. de offic. deleg. Cyn. in l. un. C. ut quæ deſ. adv. Covarr. 1. reſ. 1. Clar. lib. 5. § fin. pr. crim. qu. 66. n. 2. Cacheran. deciſ. 79. n. 43. & ſeqq. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 148. num. 21. & vol. 1. deciſ. 4.* ubi plures citantur. Mihi vero longe tutius videtur, ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen nunquam judicet contra conſcientiam. Etenim jubetur judex judicare ſecundum ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non poteſt non judicare ſecundum conſcientiam. Quippe probare Latinis eſt fidem facere. Cui autem fides facienda, niſi judici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum eſt, & ita mandatum, ut ex animi ſui ſententia æſtimare eum oporteat, quod aut credat, aut parum probatum ſibi opinetur, *l. 3. de teſtib.* & prout religio ſuggerit, ſententiam proferre, *l. eum quem 79. §. 1. de judic.* Jam vero ſi ea, quæ allegantur, pugnent cum ſcientia judicis, fidem judici facere non poterunt, cum falſa ſint, & religione metuque juſtiſſimi Numinis prohibebitur ſecundum ea judicare. Una enim & ſimplex eſt veritas: ac proinde dividi conſcientia aut ſcientia judicis in publicam aut privatam non debet. Neque obſtat *d. l. 6. §. 1. de off. præſ.* nam & ibi jubetur præſes, non tam inſtrumentis, quæ vitioſa & falſa eſſe poſſunt, quam rei veritate, quæ ex iis, quæ probantur, perſpicitur, moveri. Itaque arbitror, & divino & humano juri conſentaneum eſſe, ut judex in quæſtione facti ex animi ſui ſententia, religione & conſcientia pronuntiet, veritatemque afferat, ſpretis teſtimoniis, quamvis ille ſolus falſa ea eſſe ſciat: maxime ſi talis eſt judex, ut ab eo nulla ſit provocatio, nec veritati niſi in fide illius ullum præſidium. Sin vero is judex eſt, à quo provocari poteſt, ſatius eſt, eum à judicando abſtinere & teſtimonio ſuo, quantum in ſe eſt, cauſam ejus, cui injuria fit, apud judicem ſuperiorem adjuvare: ne temere publica teſtimoniorum ſpernatur auctoritas, aut feneſtra aperiatur pravis hominibus, paſſim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore ſcientiæ aut conſcientiæ id ipſum excuſandi aut defendendi. Conſent. *fere Coraſ. 4. miſc. 20. Hotom. illuſtr. qu. 27. D. Tulden. 3. de princ. juriſpr. 6. & in comm. hic cap. 3.* eoque etiam inclinare videtur *Coſtal. ad d. l. 6. §. 1. de off. præſ.* Cæterum eſt hæc quæſtio de raro contingentibus, cum difficulter contingere poſſit, ut vera judicis ſcientia pugnet cum teſtimoniis aut inſtrumentis quibus nihil objici queat.

Legibus, conſtitutionibus, moribus proditum.] Præceptum hoc ad omnes judices ex æquo pertinet, 6
ſive magiſtratum gerant, ſive aliter judicent: quanquam ſunt, qui id pertinere negant ad ſummas præfecturas ſeu Curias ultimæ juriſdictionis. Nam Juſtinianus generaliter loquitur, & in *Nov. 8. c. 12.* nominatim de præſidibus provinciarum: omnemque dubitationem tollit *Nov. 82. c. 13.* In his provinciis qui iudicant, primum iura municipalia & conſtitutiones provinciales, tum mores ac conſuetudines locorum ſpectant, quibus ſi controverſia dirimi non poſſit, ad ius commune, id eſt, Romanum, apud bonam partem Europæ obſervatum, tanquam ad *ἱερὰν ἄγκυραν*, confugiunt, *Gudelin lib. 1. de jur. noviſſ. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 343. Grot. 1. manuduct. ad juriſpr. Batav. c. 2.*

TEXTUS.

De judicio noxali.

1. *Ideoque ſi noxali judicio aditus eſt, obſervare debet; ut, ſi condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno; aut noxam dedere.*

NOTA.

NOTA.

1. Noxali Judicio aditus] Cujac. *addictus*, vel *additus*: ſed hujusmodi verba parum conveniunt moribus ſæculi Juſtinianei, quo impetrationes actionum jam ſublatæ erant. Weſ.

Commentarius.

Ut ſententia judicis valeat, & res judicata eſſe intelligatur, neceſſe eſt reum aut abſolvi aut condemnari, *l. 1. de re jud. l. 3. C. de ſent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim ſententiæ non habet, *§. curare 32. ſup. de act.* niſi natura rei petitæ obſtet, quominus certa ſententia ferri poſſit; veluti in judiciis univerſalibus, qualia ſunt petitio hæreditatis & actio familiæ erciſcundæ; aut ſi plures res generaliter aut disjunctim promiſſæ petantur: nam eodem modo condemnatio facienda, ne per ſententiam reo auferatur jus electionis, *vid. not. ſub. d. §. curare.* Quod autem Juſtinianus hic ſcribit, judicio noxali convictum ita condemnandum eſſe, ut aut pecuniam ſolvat, aut ſervum noxæ dedat, id non videtur eſſe neceſſarium, quoniam pecunia tantum in actionem judicati venit: deinde autem facultas non à judice, ſed à lege eſt, *l. 6. §. 1. de re jud.* quod alibi quoque monuimus *ſub §. 2. de noxal. act.*

Aut noxam dedere] Τὸν βλάψαντα, corpus ipſum, quod nocuit. *§ 1. ſup. de nox. act.* Similis locutio eſt *in l. 1. in fin. pr. de his qui effud.*

TEXTUS.

De actionibus realibus.

2. *Et ſi in rem actum ſit coram judice, ſive contra petitorem judicaverit, abſolvere debet poſſeſſorem: ſive contra poſſeſſorem, jubere ei debet, ut rem ipſam reſtituat cum fructibus. Sed ſi poſſeſſor neget, in præſenti ſe reſtituere poſſe, & ſine fruſtratione videbitur tempus reſtituendi cauſa petere, indulgendum eſt ei; ut tamen de litis æſtimatione caveat cum fidejuſſore, ſi intra tempus, quod ei datum eſt, non reſtituerit. Et ſi hæreditas petita ſit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de ſingularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa ſua poſſeſſor non perceperit, ſive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, ſi prædo fuerit. Si vero bonæ fidei poſſeſſor fuerit, non habetur ratio neque conſumptorum, neque non perceptorum. Poſt inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa poſſeſſoris percepti non ſunt, vel percepti conſumpti ſunt.*

NOTÆ.

Et sine frustratione] Th. οὐ δι᾽ ὑπέρθεσιν non moræ aut fruſtratoriæ dilationis cauſa. Reus igitur fruſtrator non auditur.

Indulgendum est] In actionibus in perſonam quadrimeſtres induciæ condemnato jure publico indulgentur, *l. ult. C. de uſur. rei jud.* quod tamen non puto pertinere ad actiones depoſiti, commodati, aut ſimiles, quibus certa ſpecies petitur, extra quam ſi reus damnatus ſit in rei petitæ æſtimationem: neque enim malitiis indulgendum eſt.

Eadem ratio pene] *τὸ pene* additum propter cauſam, quam modo dixi. Forte etiam, quia in actione in rem ſpeciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis jure & poteſtate ipſius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit. l. 1. & 2. C. eod.* Cujac.

Si prædo] *l. 25. § 3. & ſeq. d. tit. l. 22. C. de rei vind. l. 33. D. eod.* nec intereſt ab initio mala fide poſſederit, an poſtea poſſidere cœperit, *leg. 23. § 1. l. 48. §. 1. de acquir. rer. dom. d. l. 25. §. 5. de hær. pet.*

Post inchoatam petitionem] *d. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. exp. l. 4. §. 2. D. fin. reg.* Quoniam poſt motam controverſiam omnes poſſeſſores pares ſunt, *d. l. 25. §. 7. l. 10. C. de long. temp. præſcr.*

Commentarius.

1. *Tempus judicatis indultum in actionibus in perſonam: & quid hic juris apud Batavos.*
2. *Qui poſſeſſores quos fructus quatenus reſtituere debeant, ſummatim.*

Hoc §. agitur de officio judicis in actione in rem tum ſingulari, ſeu rei vindicatione, tum univerſali, ſive petitione hæreditatis: doceturque, officium illud verſari partim circa res petitas, partim circa fructus.

Vt rem ipſam reſtituat cum fructibus] Plenius dicendum erat, *ut rem petitam reſtituat cum omni cauſa*, id eſt, id omne, quod habiturus foret petitor, ſi tempore litis conteſtatæ res ei reſtituta fuiſſet, *l. Iulianus 17. §. 1. l. præterea 20. de rei vind.* & porro ſi poſſeſſor reſtituere juſſus arbitrio judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, qualis eſt rei vindicatio, fieri ſolet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei 46. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Nonnunquam & poſſeſſori ob contumaciam, manu militari ſeu per executores litium rem auferri, puta ſi id petitor maluerit, & ſua intereſſe doceat, *l. qui reſtituere 68. de rei vind.* quomodo apud nos ſemper proceditur, *art. 172. Inſtr. Cur. Holland. add. not. ſub § præterea 33. ſup. de act.* Poſtremo & victum victori in expenſas litis condemnandum, niſi juſtam cauſam litigandi habuerit, *l. 13. §. ſive autem 6. C. de judic.* de quo explicatius *tit. præc. ſub §. 1.*

Cum fructibus] Etiamſi expreſſe petiti non ſint, *l. & ex diverſo 35. § 1. de rei vind.* idque vel ex eo ſatis intelligitur, quod officio judicis continetur, ut jubeat fructuum reſtitutionem fieri : judicis enim officio proprie id contineri dicitur, quod ei tacite ſuo jure permiſſum eſt; quamvis prætor nullam ejus in formula mentionem fecerit, *l. plane 38. de hær. pet. l. ſi rem 73. de procur. l. 9. §. 1. de furt. l. qui per colluſionem 49. §. 1. de act. empt. add. Mynſ. 4. obſ. 55. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 105. n. 2. Vant. de nullit. ſent. ex defect. proc. n. 97.* ubi ait, petitionem fructuum tacite & virtualiter petitioni rei ineſſe. Diſſent. D. Tulden. *comm. hic, cap. 8. & D. Perez. ad tit. C. de rei vind. num. 6.*

1 *Sed ſi poſſeſſor*] Si poſſeſſor cavetur, ſe non poſſe in præſenti rem reſtituere, & ſine fraudatione tempus ad reſtituendum petat, poteſt judex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod reſtituat. Diſſimilis ratio eſt in actionibus in perſonam, in quibus condemnato quadrimeſtres induciæ indulgentur, *l. ult. C. de uſur. rei jud.* quippe res aliena, quam quis penes ſe habet, facilius reſtitui poteſt, quam pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione perſonali damnato quadrimeſtre tempus concedendum, nempe ſi certa ſpecies petita ſit, veluti actione depoſiti, vel commodati, cujus & præſtandæ facultatem reus habeat, neque enim malitiis indulgendum eſt : & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe ſi damnatus ſit in rei petitæ æſtimationem. Apud nos locum quodammodo habent induciæ triginta dierum; quod ſpatium judicatis largiebatur lex duodecim tabularum, teſte Aulo Gellio *lib. 20. cap. 1.* Idque adeo obtinere videtur in utroque genere actionum : nam utique victor ſaltem tamdiu expectare, partim ex humanitate, partim ex neceſſitate juris debet, donec tempus appellationi conſtitutum præterierit : appellationi inquam tam interponendæ, quam introducendæ. Nam interponendæ appellationi decem dies, *auth. hodie, C. de appell.* introducendæ viginti apud nos conſtituti ſunt. *Inſtr. Cur. Holl. art. 198. & 206.* Notat hoc *D. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 5. tit. 6. c. 7.*

Eadem circa fructus] Eſt tamen nonnihil differentiæ. 1 Nam in ſingularum rerum petitione bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes conſumptos lucratur: *l. 4. §. 2. fin. reg.* in petitione hæreditatis etiam conſumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, *l. 25. §. 11. de hæred. petit.* In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & poteſtate ipſius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit.* quam ob cauſam forte mox additur τὸ *pene.* Malæ autem fidei poſſeſſor fructus omnes, etiam qui conſumpti ſunt, una cum re reſtituere debet, *d. l. 22. C. de rei vind.* teneturque adeo non de perceptis tantum, ſed etiam de iis, qui non percepti honeſte percipi potuerunt, *hoc text. l. fructus 33. de rei vind.* nec refert, ab initio quis mala fide poſſederit, an poſtea poſſidere cœperit, *l. bonæ fidei 48. §. 1. de acq. rer. dom.* Denique poſſeſſores omnes poſt litem conteſtatam pares ſunt, & tanquam malæ fidei poſſeſſores tenentur, *l. ſed etſi 25. §. ſi ante 7. de hær. pet. d. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. expenſ.* Fuſius hæc explicui *ſup. §. 35. de rer. diviſ. & lib. 1. ſel. quæſt. cap. 25. & ſeq.*

TEXTUS.

De actione ad exhibendum.

3. Si ad exhibendum actum fuerit, non ſufficit, ſi exhibeat rem is, cum quo actum eſt; ſed opus eſt, ut etiam rei cauſam debeat exhibere, id eſt, & eam cauſam habeat actor, quam habiturus eſſet, ſi, cum primum ad exhibendum egiſſet, exhibitores fuiſſe. Ideoque ſi inter moras exhibendi uſucapta ſit res à poſſeſſore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id eſt, ejus quod poſt acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam, interceſſerit, rationem habere debet judex. Quod ſi ne-

get

get reus, cum quo ad exhibendum actum eſt, in præſenti ſe exhibere poſſe, & tempus exhibendi cauſa petat, idque ſine fruſtratione poſtulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, ſe reſtituturum. Quod ſi neque ſtatim juſſu judicis rem exhibeat, neque poſtea ſe exhibiturum caveat, condemnandus ſit in id, quod actoris intererat, ſi ab initio res exhibita eſſet.

NOTÆ.

3. Ut etiam rei causam] Id eſt, commoda rei externa, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, utilitates amiſſæ, &c. *l. 9 §. pen. & ult. ad exhib.*

Usucapta sit] *d. l. 9. §. 6.* Uſucapio ex ratione juris veteris non interrumpitur litis conteſtatione, *l. 10. l. 20. de rei vind.* ſicut præſcriptiones temporum, *l. 1. l. 2. l. 10. C. de long. temp. præſc.* At hodie diſcrimen iſtud non obtinet, *l. 2. l. 3. C. de annab. exc.*

Sine frustratione] Id eſt, juſta ex cauſa, *l. 5. §. ult.* ubi & juſtæ cauſæ hujus generis indicantur, *l. 12. §. 9. ad exhib.*

Ab initio res exhibita] Quod declaratur *l. 9. §. pen. & ult. l. 10. & ſeqq. eod.* atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in litem juraverit: alias quanti res vere eſt, *l. 3. §. 2. d. l. 9. §. ult. l. 5. de in lit. jur.*

COMMENTARIUS.

Actio ad exhibendum præcurſio quædam eſt, & præparatio actionis in rem de re mobili: nam propter vindicationes potiſſimum introducta eſt, *l. 1. ad. exhib.* quanquam aliquando & perſonali actione & interdicto experiri volenti competit, *l. 3. §. 1. §. ſciendum 9. cum ſeqq. & paſſim, eod. tit.* Eſt autem exhibere, rei in publico poteſtatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi ſit copia, *l. 2. eod.* experiundi non actione ad exhibendum, qua jam ſatis actum eſt, ſed principali, quam actor re exhibita exequi conſtituit, *l. 9. §. quantum 5. eod.*

Ut rei cauſam] Actione ad exhibendum damnatus non rem [illegible], ſed etiam cauſam rei exhibere debet. In re hæc ſunt, ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit cum petita eſt. Eadem res exhibita videtur, ſi exhibitum eſt idem corpus eadem ſpecie qua fuit tempore litis conteſtatæ, *d. l. 9. §. 3.* Quid ſi deterior facta? Ad exhibendum poſſeſſor abſolvi debet. Cæterum ſi dolo aut culpa ejus deterior facta ſit, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, *l. ſi quis 17. eod. l. 7. C. eod. & ibi Sich. n. 5. & ſeq.* Eodem jure, ſi re exhibita actori integra ſit actio principalis, ut initio fuit, in nulla cauſa, quam intendit, læſa, *d. l. 9. §. quantum, l. 10. & ſeq. eod.* Per cauſam rei ſignificantur commoda rei externa, puta fœtus animalium, partus ancillarum, denique id omne, quod habiturus eſſet actor, ſi litis conteſtatæ tempore res illi exhibita fuiſſet, *l. cum fundus 31. de reb. cred. l. præterea 20. de rei vind. & hoc text.* De quo mox plura.

Inter moras judicii res uſucapta] *L. 9. §. proinde 6. ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis conteſtationem uſucapio naturaliter non interrumpitur, ſed pendente etiam lite impleri poteſt, *l. 18. d. l. 20. de rei vind.* quamvis effectu juris, victo poſſeſſori non proſit. Quippe qui nihilominus rem reſtituere tenetur. Secus erat in præſcriptione longi temporis: nam quia præſcriptiones temporum factæ ſunt, placebat eas per litis conteſtationem plene interrumpi, *l. 10. C. de acq. poſſeſſ. l. 1. l. 2. l. 10. C. de long. temp. præſc.* Sed hodie hæc differentia non obtinet, *l. 2. & l. 3. C. de annal. exc. vid. ſup. de uſuc. §. diutina.*

Fructuum medii temporis] Commoda quoque rei externa, puta fœtus animalium, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc judicio veniunt, *d. l. 9. §. pen.* Quod tamen haud dubie ſic accipiendum, ſi poſſeſſor hac actione victus de re ipſa, porro contendere judicio directo ſuperſedetit; cum Accurſio in *d. §. pen* ubi recte monet, eodem modo accipiendos eſſe locos omnes, qui de reſtitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipſam reſtituere non debet, utique nec acceſſiones debet. Poſſe autem hanc actionem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit; ita tamen ut judex non una cognitione utramque expediat, ſed prius cognoſcat & pronuntiet de præparatoria, docent *Oldend. Claſſ. 5. act. 1. q. 7. Sich in rubr. C. ad exhib. n. 8.*

Tempus exhibendi cauſa petat] Si poſſeſſor in præſentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex cauſa tempus à judice indulgetur, nempe petenti ſine fraudatione, & cautionem offerenti de re, cum poterit, exhibenda. Cauſæ hujus generis indicantur *l. 5. §. ult. ad exhib.*

Quod ſi neque ſtatim] Si poſſeſſor exhibere juſſus, neque exhibeat, neque ſe exhibiturum caveat, placet eum condemnandum eſſe in id, quod actoris intereſt, hoc eſt, in id omne, quod vel habere potuit, ſi res ab initio exhibita fuiſſet. Quod declaratur, *d. l. 9. §. pen. & ult. l. 10. & ſeq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis æſtimatio; adverſus contu-

contumacem, quanti actor, utique qui jure dominii cohiberi deſiderat, in litem juraverit; adverſus cæteros, quanti res vere eſt, *l. 3. §. 2. d. l. 9. §. ult. eod. l. 5. de in lit. jur.* Uſus hujus actionis hodie rarior eſt. De quo *Criſt. vol. 2. dec. 191. n. 3.*

TEXTUS.

Familiæ erciſcundæ.

4. Si familiæ erciſcundæ judicio actum ſit, ſingulas res ſingulis hæredibus adjudicare debet: & ſi in alterius perſona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohæredi certa pecunia (ſicuti jam dictum eſt) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi quisque ſuo condemnandus eſt, quod ſolus, fructus hæreditarii fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, aut conſumpſerit. Quæ quidem ſimiliter inter plures quoque quam duos cohæredes ſubſequuntur.

NOTA.

AUT REM HÆREDITARIAM CORRUPERIT] Vel quod cohæres in rem communem neceſſarias impenſas fecerit: quæ ſunt hujus judicii præſtationes perſonales, de quibus dictum *ſup. §. 3. de obl. quaſ. ex contr.*

COMMENTARIUS.

TRitum eſt, ſententiam debere reſpondere petitioni, & conformem eſſe libello: quod à jure non abhorret, ſi ſane accipiatur. Neq; enim extra fines petitionis vagari ſententia debet, aut condemnatio in rem aliam fieri, quam quæ in judicium deducta eſt, & cujus judicatio judici permiſſa, *l. ult. fundus 18. comm. div. l. ult. C. de fideic. libert. Gail. 1. obſ. 66. Schneid. in §. curare 32. ſup. de act. n. 4.* Sed tamen in duplicibus judiciis id non usquequaque obſervatur, ut intelligemus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus, quæ in his judiciis permiſſæ.

Singulas res ſingulis hæredibus] Judicium familiæ erciſcundæ duo continet, rerum hæreditariarum diviſionem, & quasdam præſtationes perſonales, quibus ſcilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius eſt. In rerum diviſione hæc obſervare judex familiæ erciſcundæ debet, ut res ſingulas ſingulis hæredibus adjudicet, ut hic ait Juſtinianus. Quod tamen non ita accipiendum eſt, quaſi ſemper & neceſſario hæc ratio diviſionis ineatur: nam ſi fundi hæreditarii commode per regiones dividi poſſunt, nihil impedit, quo minus ita dividantur; ſed quoniam in plerisque rebus hæc diviſio commodiſſima eſt.

Debet hunc invicem] Cum impar adjudicatio eſt, is cujus pars præponderat, viciſſim in certam pecuniam conſorti damnandus eſt, ut æqualitas per omnia conſervetur, *l. Mævius 52. §. 2. l. ſi familia 55. fam. erciſ.*

Eo quoque nomine] Hæres cohæredi eo quoque nomine judicio familiæ erciſcundæ condemnandus eſt, quod ſolus fructus fundi hæreditarii perceperit, vel rem hæreditariam corruperit, conſumpſeritve, vel quod cohæres in rem communem impenſas fecerit, quas propter partem ſuam neceſſe habuit facere, *l. & puto 16. §. pen. l. his conſequenter 18. §. 3. l. ſi hæredes 25. §. ſi unus 15. §. item culpa 18. l. inter cohæredes 44. §. quod ex facto 5 fam. erc.* Atque hæ ſunt hujus judicii præſtationes perſonales, de quibus fuſius alibi explicatum eſt, *ſup. de obl. quæ quaſ. ex contr. §. 3. & ſup. de act. §. quædam 20.*

TEXTUS.

Communi dividundo.

5. Eadem interveniunt, etſi communi dividundo de pluribus rebus actum ſit. Quod ſi de una re, veluti de fundo: ſiquidem iſte fundus commode regionibus diviſionem recipiat, partes ejus ſingulis adjudicare debet; & ſi unius pars prægravare videtur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus eſt. Quod ſi commode dividi non poſſit, vel ſi homo forte, aut mulus erit, de quo actum ſit, tunc totus uni adjudicandus eſt, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus eſt.

NOTÆ.

PARTES EIUS SI[illegible]] Diviſio prædii ſine cujusquam injuria commode fieri po[illegible] ſua portio certis finibus adjudicanda, *l. 1. C. comm. div.*

VELUTI SI HOMO] Hotom. Theoph. *vel ſi homo*, quod magis placet. Ut ſit ſenſus, ſi res aut non commode, aut non omnino partes pro diviſo

reci-

recipiat, veluti ſi agatur de ſervo, aut jumento, totam uni adjudicandam, eumque alteri certa pecunia condemnandum, *l. 3. C. eod.*

COMMENTARIUS.

JUdicium communi dividundo, ut fine eodem, ita iisdem rebus conſtat, quibus judicium familiæ erciſcundæ, rerum ſcilicet communium diviſione & iisdem præſtationibus perſonalibus, *l. 3. comm. div.* Atque hinc & in diviſione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua, & in præſtationibus perſonalibus, idem in hoc quoque judicio obſervatur, *d. l. 3. l. 6. §. 1. & ſeqq. eod.*

Quod de una re] Cum de re una dividenda agitur, ſiquidem ea commode dividi poteſt, veluti fundus per regiones, ſingulæ ſingulis portiones adjudicandæ & ſi cujus portio major eſſe videbitur, is viciſſim ſocio in certam pecuniam condemnandus, *l. 1. C. comm. div.* quod ſi reus partes pro diviſo non recipiat, veluti ſi agatur de ſervo aut equo, aut non commode recipiat, tota uni adjudicanda eſt, & is alteri certa pecunia damnandus, *l. 3. C. eod. tit.*

TEXTUS.

Finium regundorum.

6. Si finium regundorum actum fuerit, diſpicere debet judex, an neceſſaria ſit adjudicatio: quæ ſane uno caſu neceſſaria eſt, ſi evidentioribus finibus diſtingui agros commodius ſit, quam olim fuiſſent diſtincti. Nam tunc neceſſe eſt, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo caſu conveniens eſt, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus eſt quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitioſe commiſit: verbi gratia, quia lapides finales furatus eſt, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque [illegible]cio condemnat[illegible] veluti ſi quis judice metiri agros paſſus non fuerit.

NOTÆ.

FURATUS EST] Vel terminos ejecit, locoque movit, aut exaravit. Et poteſt judex, qui de hujusmodi crimine cognoſcit, etiam de finibus cognoſcere, *l. 4. §. 4. eod.*

CONTUMACIÆ QUOQUE NOMINE] *d. l. 4. §. 3.* Condemnabitur autem contumax in id, quod adverſarii intereſt. Nam multam irrogare magiſtratus eſt, non pedanei judicis.

COMMENTARIUS.

JUdicium finium regundorum rarius admittit adjudicationes & condemnationes mutuas, quam judicia ſuperiora: quia in judicio finium regundorum de agris tantum & fundis agitur, qui facile per regiones dividi poſſunt. Deinde quia apud judicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur, ſed de re, quam quisque ſuam eſſe contendit, ut finibus ad normam ſuam redactis, quod quisque intra fines iſtos habet, id totum retineat; ſi quid amplius, id vicino reſtituatur, *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. in fin. reg.* quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vindicatione eſſe, *l. 1. eod.* & cauſæ proprietatis cohærere, *l. 3. C eod.*

Uno caſu neceſſaria eſt] Si de finibus conſtet per evidentes & manifeſtos limites, judicis officium eſt eas cuſtodire. Si turbati ſunt aut obſcurati, ita tamen ut eorum vetera veſtigia appareant, à judice renovandi & evidentius diſtinguendi ſunt, *l. 3. de term. mot. C. ex literis. x. de probat.* Quod ſi nulla veterum finium veſtigia appareant, nec probari poſſint, novi fines ex conſilio agrimenſorum conſtituendi, *l. 2. §. 1. l 3. l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod. Mynſ. 6. obſ. 27.* Uno autem caſu permittitur adjudicatio, ſi videlicet fines recte dirigi non poſſunt vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem; & ideo aliis finibus evidentioribus agrum diſtingui expediat. Nam cum hic neceſſe ſit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adjici, res transſigenda adjudicatione & condemnatione, *d. l. 2. §. 1. l. 3. l. 4 eod.* De probatione finium adeundi *Hieronym. de Monte tract. fin. reg. cap. 10. & ſeqq. Mynſ. 6. th. 25. Weſemb. par. hoc tit. nu. 7. Chriſtin. vol. 2. deciſ 183. n. 5. & ſeqq.*

Evidentioribus finibus] Quippe publice intereſt, evidenter diſtinctos eſſe agrorum terminos. Ovidius 3. *faſtor.* de Deo Termino: *Omnis erit ſine te litigioſus ager.*

Circa fines aliquid malitioſe] Duo hic ait Juſtinianus: primum, eum quoque hoc judicio condemnandum, qui quid malitioſe circa fines admiſit, puta lapides finales furatus eſt, arbores finales excidit: deinde hoc eodem judicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti ſi quis menſorem miſſum ad declarandos terminos metiri non patiatur. Solent enim judices in lite finium dirimen-

menda uti arte & opera agrimenſorum, *l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod. Hieron. de Monte d. tract. c. 31. & ſeq. Mynſ. 6. obſ. 27. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 184. & ſeq.* Quod de contumacia hic dicitur, idem traditur apud Ulpian. *l. 4. §. 3. eod.* In quid igitur condemnabitur contumax? In id ſcilicet, quod adverſarii intereſt. Nam multam irrogare, quæ pœna eſſe ſolet contumaciæ, non pedanei judicis, ſed magiſtratus eſt. De delictis admiſſis circa fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali exciſa, judicium criminale conſtitutum eſt de termino moto. *tit. de term. mot.* Et poteſt quidem judex, qui de hujusmodi crimine cognoſcit, etiam de finibus cognoſcere, *l. 4. §. ſi dicantur 4. fin. reg.* Sed è converſo judex, qui cognoſcere cœpit de finibus, non poterit cognoſcere de crimine, & delinquentem extra ordinem coercere. Juxta *l. 1. & l. 3. de term. mot.* Neque ea mens Juſtiniani eſt; ſed hæc, delinquentem etiam hujus admiſſi nomine à judice finium regundorum civiliter adverſario ſuo condemnandum eſſe, quanti is ſua intereſſe juraverit; vel etiam, ut, quod pendente quæſtione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de ſuo agro reddat. *l. 4. C. fin. reg.* Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominus adhuc criminaliter atque extra ordinem agi poſſit de termino moto. *Hieronym. de Monte d. tract. cap. 34. & ſeq. D. Tulden. Comment. hic, cap. 6.*

Lapides finales] Sive terminales, qui & grumi: οἱ τ̃ ὅρων λίθοι, οἱ διορίζοντες τοὺς ὅρους λίθοι qui fines & terminos diſtinguunt.

TEXTUS.

De adjudicatione.

7. *Quod autem iſtis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id ſtatim ejus ſit, cui adjudicatum eſt.*

NOTA.

7. Ejus fit, cui adjudicatum] Adjudicatio modus eſt acquirendi dominii jure Quiritium. Ulp. *tit. 19. §. 15.* Quod ſi per errorem de fundo alieno, quaſi de communi actum, & ex adjudicatione poſſidere cœpero, procedit mihi uſucapio, *l. 17. de uſuc.*

COMMENTARIUS.

Quod in tribus iſtis judiciis, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum, uni ex cohæredibus, ſociis aut vicinis adjudicatum eſt, id illi ſtatim acquiritur, ut hic ſcribit Juſtinianus, & diſerte quoque teſtatur Ulpianus in *fragm. tit. 19. §. adjudicatione 15.* Quæ res magni erroris cauſam præbuit interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgo ſolent, ex ſententia judicis dominium transferri: quod à veritate abeſt quam longiſſime: neque aliunde apertius hic error convincitur, quam ex hoc ipſo & d. Ulpiani loco. Nam cum tam Imperator, quam Juriſconſultus ſcribat in tribus iſtis judiciis quod adjudicatum fuerit, ſtatim ejus fieri, cui adjudicatum eſt, hoc ipſo ſatis uterque ſignificat, in aliis judiciis non idem juris eſſe, neque eam eſſe auctoritatem cujusvis ſententiæ judicis, ut dominium in aliquem transferat. Quid enim haberent ſpeciale tria iſta judicia, ſi idem jus eſſet in omnibus cæteris? Sed neque exiſtimandum eſt, in iſtis tribus vi & poteſtate ſententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur, ſed totum hoc pendet à poteſtate adjudicationis, quam lex duodecim tabularum unum eſſe voluit ex modis acquirendi dominii jure Quiritium relatis, apud Ulpian. *d. tit. 19.* Cum vero extra iſta judicia adjudicationi locus non ſit, ſequitur, nec in aliis judiciis dominium per ſententiam transferri. De quo late *Ant. Fab. dec. 98. err. 7. & ſeqq.*

TITULUS XVIII.

D. lib. 48. tit. 1.

De publicis judiciis.

Ratio hujus tractationis.

Absoluta pro modo inſtituti operis ea parte juris, cujus ſolius tractatio ſuſcepta eſt, ſcilicet tractatione juris privati, attexit Imperator actuarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico, ea videlicet illius juris parte, quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid acceſſionis nobis dare: quanquam parce dedit, indicatis tantum fontibus, unde plura haurire liceat: nec largius dare debuit, quia eſt præter inſtitutum, & velut quidam exceſſus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda ſolito erimus breviores; maxime cum jam commentarii noſtri in ſatis magnam molem excreverint.

TEXTUS.

De differentia à privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam ſimile

mile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti ſumus: magnaque diverſitas eorum eſt & in inſtituendo & in exercendo.

NOTÆ.

NEQUE PER ACTIONES ORDINANTUR] Id eſt, non conſtituuntur & exercentur per actiones ordinarias, ſicut judicia privata.

MAGNA DIVERSITAS ET IN INSTITUENDO] De veteri ordine exercendorum judiciorum publicorum. Car. Sigon. *lib. ſingul.* Nic. Gruch. *1. de com. Rom. 2.* Briſſon. *2. ſelect. Ant. 1.* Poſtea extra ordinem exerceri cœperunt, durante tamen legum pœna, *l. 8. de publ. jud. l. 1. § ult. l. 13. de pœn.* & in crimen ſubſcriptione, *l. 3. §. 2. de accuſ. l. ult. C. eod.* Cujac. *8. obſ. 33.*

1. QUOD CUIVIS EX POPULO] Exceptis iis, quibus hæc poteſtas jure publico adempta, *l. 43. §. 10. de rit. nupt.* junct. *l. 8. l. 9. & ſeqq. de accuſ.* Addendum, & quia cauſæ ſunt publicæ. Nam & popularis actio publica dicitur, eo quod cuivis è populo patet: privata tamen eſt reſpectu cauſæ *leg. 30. §. 3. de jurejur.* junct. *titul. de pop. action.*

COMMENTARIUS.

JUdicia privata quomodo conſtituantur & exerceantur, intelligi poteſt ex iis, quæ dixi ſub *pr. & §. 1. de action.* Publicorum judiciorum exercendorum lege alia ratio eſt, & longe alia hæc etiam apud veteres fuit, quam tempore mediæ Juriſprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis ſtudioſi *Carol. Sigon. lib. ſing. Nicol. Gruch. lib. 1 de comit. Rom. cap. 3 Barn. Briſſon. lib 2. ſelect. antiquit. cap. 1,* qui de eo ex profeſſo ſcripſerunt. Poſtea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in uſu eſſe deſiit, & de criminibus publicis, extra ordinem, præfecti vel præſides cognoſcere cœperunt, durante tamen pœna legum, *l. 8. de publ. judic. l. in Senatusconſultum 15. §. 1. ad Senatusc. Turpill. l. 1. §. ult. l. hodie 13. de pœn.* Illud etiam manſit, ut is, qui accuſare paratus eſt, ad eum, cui judicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi poſtulet, & qua lege agat, faciat, profiteatur; deinde & in crimen ſubſcribat, id eſt, interprete Ulpiano *l 3. §. 2. de accuſ.* libello ſubſcribat, ſe profeſſum eſſe: quæ res ſimilitudine ſupplicii eum obſtringit, *l. ult. Cod. d. tit. leg. ult. C. de calumn.*

TEXTUS.

Etymologia.

1. Publica autem dicta ſunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.

COMMENTARIUS.

1. *Libertatem accuſandi hodie ſublatam.*
2. *Criminalia judicia nunc omnia publica facta.*

CUivis ex populo] D. Hotomannus contra ideo hæc judicia publica dici exiſtimat, quia cauſæ publicæ ſunt, quæ æque & univerſe ad omnes pertineant. Sane, ſi ratio quæritur, cur hæc potiſſimum judicia publica facta ſint, eorumque perſecutio cuivis è populo permiſſa, probabile eſt, id ex eo natum, quod in his judiciis agitur de delictis, quæ maxime ad læſionem & turbationem ſtatus publici pertinent. *Duar. lib. 1. diſp. 37. Charond. 3. veriſim. cap. ult add. Cujac. 8. obſ. 33.* Bene Chryſoſt. Homil. ad Antioch. Κοινόν ἐστι τὸ ἔγκλημα, δημόσιον τὸ ἀδίκημα, ἔξεστιν ἑκάστῳ τῶν βουλομένων κατηγορεῖν.

Plerumque] Pro *fere* dixit, illud ſignificans quod Ulpianus *l. palam 43. §. ſenatus 10. de rit. nupt.* ſcribit, publico judicio cuivis ex populo experiri licere, niſi ſi cui lege aliqua accuſandi publico judicio non eſt poteſtas. Intelligit autem eos, qui enumerantur *l. 8. l. 9. & ſeq. de accuſ.* Hodie hæc libertas accuſandi ſublata eſt, neque amplius quilibet à populo ad accuſationem admittitur, ſed ſoli advocati procuratoresve fiſci aut Balivi jus accuſandi & crimina perſequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici judicant rectius conſtitutum eſſe ad retinendam civium inter ſe concordiam. Nam nullus privatus civis poteſt accuſatoris perſonam ſibi ſumere absque maxima invidia & odio ejus, cui diem dixerit: ex qua re facile ſeditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclare vitatum eſt, univerſo hoc accuſandi munere demandato publicæ alicui perſonæ. 1
Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur: nam videmus, in omnibus fere criminibus nunc per inquiſitionem procedi, quæ nota videtur publicorum judiciorum; & accuſationibus procuratoribus fiſci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. *Clar lib. 5. §. 1, n. 6.* idem de jure Canonico affirmat ex *Gloſſ in cap. infames 6. quæſt. 1.* 2

TEXTUS.

Diviſio.

2. Publicorum judiciorum quædam ca-

capitalia ſunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo ſupplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera ſi quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem ſunt, ſed non capitalia.

NOTÆ.

1. ULTIMO SUPPLICIO] Ultimum ſupplicium mortem ſolam interpretamur, *l. 21. de pœn.*

CUM DAMNO PECUNIARIO] Aut in corpus aliqua coërcitione, *d. l. 2. hoc tit.* Exempla ſunt in §. 4. & §. 8. *inf. eod.*

COMMENTARIUS.

Capitalia dicimus] Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias exiſtimationem ſignificet, *l. licet 103. de verb. ſign.* in hoc tamen argumento capitis verbo tantum vita, civitas & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte afficit, vel de civitate tollit, ſervitute, exilio, ſive deportatione, ea capitalia recte nominantur, *l. 2. hoc tit.* Ultimum autem ſupplicium eſſe mortem ſolam interpretamur, *l. ultimum 21. de pœn.* Sane interdum etiam noſtri id ſolum capitale vocant, cujus non alia pœna, quam mors eſt; ſed κατ' ἐξοχὴν. *l. 4. de pœn. tranſigere 18. C. de tranſact.* Qui gradus ſint capitalium criminum, docet *l. capitalium 28 de pœn.*

Infamiam cum damno pecuniario] Tale judicii publici non capitalis exemplum eſt in §. 4. & item in §. *item lex Iulia 8.* §. *inf. eod.* Interdum & in corpus aliqua coërcitio pœna eſt, *d. l. 2. hoc tit. in fin.* Sive autem capitalia ſint, ſive non ſint, famoſa ſemper ſunt, hoc eſt, damnatum publico judicio ſemper ſequitur infamia.

TEXTUS.

Exempla; de læſa Majeſtate.

3. *Publica autem judicia hæc ſunt. Lex Iulia majeſtatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti ſunt, ſuum vigorem extendit. Cujus pœna animæ amiſſionem ſuſtinet, & memoria rei etiam poſt mortem damnatur.*

NOTÆ.

ANIMÆ AMISSIONEM] ψυχῆς ἀπώλειαν. *Anima* pro *vita.* Salluſt. *Catil. Libertas & anima noſtra in dubio eſt.*

MEMORIA REI POST MORTEM DAMNATUR] Rei ſcil. perduellionis, qui quid hoſtili animo adverſus remp. vel Principem machinatus eſt: ſecus eſt, ſi quis ex alia cauſa majeſtatis reus ſit, *l. ult. eod. l. 24. de pœn.*

COMMENTARIUS.

1. *Quadruplex differentia inter crimen perduellionis & majeſtatis in ſpecie.*
2. *Specialia circa pœnam hujus criminis.*

De ſolo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo ſunt genera criminis læſæ majeſtatis: unum perduellionis, quod eſt crimen imminutæ majeſtatis & graviſſimum & atrociſſimum, puta ſi quis hoſtili animo quid machinetur adverſus Principem aut rempublicam: alterum, quod generis nomen retinet, & majeſtatis vocatur, ſi quis ex alia cauſa legis reus ſit. Utriusque exempla ſuppeditat *l. 1. cum 3. ll. ſeqq. ad leg. Iul. majeſt.* Quadruplicem autem inter majeſtatis & perduellionis crimina differentiam notat D. Hotomannus. Prima eſt, quod majeſtatis crimine tenentur ii, qui vel partem aliquam reipub. læſerunt; veluti ſi quis duces hoſtium accepta pecunia liberavit, aut privatus duces hoſtium domi ſuæ occultavit, (quod tamen merito perduellioni adſcribendum putat vir Cl. Ant. Matth. *de læſ. majeſt. ca. 2. num. 2. lib. de crimin.*) aut ſi quis magiſtratui pro officio ſuo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui ſummam reipub. labefactare conari ſunt. Altera differentia eſt, quod majeſtatis crimen in foro apud ſuum prætorem pro tribunali judicio certa lege conſtituto agebatur, ut ex *Verrin. 3. & 7.* cognoſcitur. Perduellio vero primis quidem temporibus à Duumviris data opera creatis: poſt autem à Populo Rom. Comitiis centuriatis in campo Martio cognoſcebatur, ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo conſtat. Et Livius *lib. 6.* de Manlio Capitolino regnum affectante refert, [illegible] qui de perduellione inquirerent, creatos. Tertia, quod majeſtatis crimen non morte, ſed exilio multatur, *l. eorum 2. de pœn.* Perduellionis vero damnatus in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex ead. orat. Ciceronis, & ex Dione *lib. 37.* cognoſcitur. Quartam differentiam Ulpianus oſtendit *l. ult. ad leg. Iul. majeſt.* ubi

ubi ait, majeſtatis imminutæ crimen rei morte obliterari: perduellionis autem memoriam etiam poſt mortem damnati. Hodie hoc diſcrimen appellationis non ita ſtricte obſervatur; ſed omnes, qui adverſus principem aut ſtatum reipublicæ quibuscunque modis aliquid moliuntur, promiſcue rei majeſtatis dicuntur; & omnium eadem eſt pœna, nimirum capitis, *Mynſ. hic. n. 5. & 6.*

Et memoria rei] Multa circa pœnam hujus criminis propter atrocitatem ſpecialiter conſtituta ſunt, quæ paſſim ab aliis congeruntur. Unum illud eſt, quod mortuo quoque reo, & nondum poſtulato, crimen hoc inchoari & peragi poſſit, damnataque rei memoria bona fiſco vindicentur, *l. ult. ad leg. Iul. majeſt. l. ult. C. eod. l. antepen. de accuſ.* cum regulariter, qui in reatu decedunt, integri ſtatus decedant, & crimen mortalitate extinguatur. Eadem quoque ſeveritate voluntas ſeu conatus hujus ſceleris, qua effectus, punitur, *l. 5. C. eod.* & conſcii, qua auctores ipſi, *l. 3. C. eod.* Illud autem durum & crudele videtur, quod ob paternum crimen etiam libri plectantur, perpetua nimirum egeſtate & infamia, *d. l. 5. C. eod.* Sane legi divinæ & veræ juſtitiæ hoc repugnat, per *c. 14. lib. 2. Reg. & cap. 25. lib. 2. Chronic.* nec omnino temere eſt, quod D. Budæus in *annotat. in tit. ff. ut leg. Iul. majeſt.* exiſtimat, auctores *d. l. 5.* Arcadium & Honorium pœnitentia poſtea ductos promulgaſſe ſanctiſſimam illam conſtitutionem, quæ extat in *l. ſancimus. C. de pœn. add. Pet. Fab. 3. ſemeſtr. 8. Covar. 2. reſolut. 8. & καὶ κὰὶ D. Anton. Matth. de criminib. ad tit. D. ad leg. Iul. majeſt. c. 3. n. 10.*

TEXTUS.

De Adulteriis.

4. *Item lex Iulia de adulteriis coërcendis, quæ non ſolum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, ſed & eos, qui cum maſculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam ſtupri flagitium punitur, quum quis ſine vi vel virginem, vel viduam honeſte viventem ſtupraverit. Pœnam autem eandem irrogat ſtupratoribus, ſi honeſti ſunt, publicationem partis dimidiæ bonorum: ſi humiles, corporis coërcitionem cum relegatione.*

COMMENTARIUS.

1. *Inter ſtuprum & adulterium quid interſit.*

Adulterium eſt alieni thori violatio, ſive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantum committitur, *l. 6. §. 1. l. ſtuprum. 34. §. 1. hoc tit. ad leg. Iul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. inter ſtuprum. 101. de verb. ſign.* ὀδειφθαρτικοὺς dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc à ſacra ſcriptura veteris teſtamenti abhorrere quidam exiſtimant, per text. *Levit. 20. v. 10. Deut. 22. 22. Geneſ. 20.* Jure autem Canonico adulterium committi intelligitur, ſive ſolutus cum conjugata rem habeat, ſive conjugatus cum ſoluta, aut conjugatus cum conjugata, *can. nemo 34. quæſt. 4. can. non mœchaberis. can. præcepit. cum ſequentibus quæſt. 5.* & hanc ſententiam omnes fere Theologi amplectuntur, per text. *Matth. 19. v. 9. Marc. 10. Lucæ 16. 18.*

Gladio punit] Hæc pœna non eſt ex lege Julia, ſed ex *l. quamvis 30. C. hoc tit.* quæ Conſtantini eſt. Pœna autem legis Juliæ relegatio fuit, ut conſtat ex Tacito *lib. 1. 2. & 3. annal.* & non obſcure probat *l. 5. de quæſt.* ceteri capitalem non fuiſſe, arguunt *l. 6. de divort. l. 11. hoc tit. l. 14. de teſtib. l. 13. de his quæ ut indign.* & ipſe Juſtinianus hanc pœnam Conſtantino tribuit *Nov. 134. cap. 10.* Divus Auguſtinus *lib. 3. de civ. Dei.* diſerte ſcribit: Romanos adulteras fœminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte multaſſe. Ut dubitandum non ſit, quin *l. tranſigere. 18. C. de transact. & l. 9. C. hoc tit.* interpolatæ ſint à Triboniano. Cæterum adſcribitur legi Juliæ etiam ea pœna, quæ poſtea ſancita eſt, quia ea lex primum de crimine, & pœna adulterii ſerio & plene caverat. Legibus Moſaicis adulterium item capitale eſt, & tam mœchus, quam adultera morte puniuntur. *Lev. 20. 10. Deut. 22. 22.* Apud nos qua pœna adulteri afficiantur, diſces ex ordinat. *Polit. art. 15. & ſeqq. add. Grænevv. de Ll. abrog. hic.*

Cum maſculis nefandam libidinem] *l. cum vir 31. C. hoc tit.* quæ eſt Conſtantii & Conſtantis. Præpoſteræ Veneris ſeu παιδεραστίας, & Sodomiticæ turpitudinis pœna nunc fere concrematio eſt. *Damhoud. prax. crim. c. 96. Clar. §. ſodomia. n. 4. Gudelin. de jur. nov. lib. 5. cap. 18.*

Stupri flagitium] Lege Julia non modo de adulteriis, ſed etiam de ſtupris cavetur, *l. 6. §. 1. hoc t.* ubi Papinianus ait, legem ſtuprum & adulterium promiſcue appellare: ſed proprie adulterium in nuptam committi: ſtuprum vero in viduam virginemve, quod Græci φθορὰν appellant: & ita quoque fere Modeſtinus in *l. inter ſtuprum 101 de verb. ſign.* Idem Modeſtinus in *l. ſtuprum. 34. §. 1. hoc tit.* adulterium in nupta admitti ait, ſtuprum in vidua, vel virgine, vel pue-

puero. Quod autem Papinianus *d. l. 6. §. 1.* & Modeſtinus, *d. l. inter ſtuprum.* ajunt, legem Juliam promiſcue & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum eſt, quemadmodum accepit D. Hotomannus, quaſi & verbum adulterii extra conjugatos uſurpatum eſſet : ſed quod ſtupri nomine etiam adulterium notatum : nimirum ſtuprum & generis nomen eſt, & ſpeciei : quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur : quod in virginem, viduam, puerum, generis nomen retinuit, & ſtuprum proprie dictum eſt.

Honeſte viventem] σεμνὴν. Nam conſuetudo cum ea, quæ corporis ſui copiam paſſim facit, ſtuprum non eſt, ſed ſimplex πορνεία ſive fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur *l. 22. C. hoc tit.* Pro ſtupro quoque non habebatur conſuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permiſſus erat. Et hoc eſt, quod Modeſtinus ſcribit, ſtuprum committere, qui liberam mulierem conſuetudinis cauſa, non matrimonii ſecum habet, excepta concubina, *l. ſtuprum 34. pr. hoc tit. fac. l. 3. pr. de concub.*

Stupratoribus ſi honeſti ſunt] Stupri damnatus, ſi honeſtæ exiſtimationis fuit, dimidia parte bonorum multatur: ſin turpis, verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud, quod de honeſtis, aut humilibus hic dicitur, propter *leg. 7. C. de inceſt. nupt.* Lex Attica ſtupratorem ita multabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret. Lex Moſaica, ut & duceret & dotaret. *Deut. 22. v. 29.*

TEXTUS.
De Sicariis.

5. *Item lex Cornelia de ſicariis, quæ homicidas ultore ferro perſequitur, vel eos, qui hominis occidendi cauſa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajus noſter ex interpretatione legum duodecim tabularum ſcriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, ſed & nunc omne ſignificat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, à Græca voce τηλοῦ figuratum. Et hanc ſignificationem invenire poſſumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon. Nam ita ſcribit:* καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι πλεῖσται δὲ λίθοι. *Sicarii autem appellantur à ſica, quod ſignificat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odioſis, tam venenis, quam ſuſurris magicis, homines occiderint; vel mala medicamenta publice vendiderint.*

NOTÆ.

5. Ultore ferro] Scriptum hoc à Triboniano accommodate ad ſui temporis rationem: & exigit hoc lex Divina. *Exod. 21. 12. Lev. 24. 17.* Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit, & bonorum omnium ademptio : quanquam poſtea humiliores capite puniti, *l. 3. §. pen. l. pen. hoc tit.*

Admonet nos Xenophon] Ita recte legitur; ut & in *d. l. 233. §. 2. de verb. ſign.* unde hic locus deſcriptus eſt. Th. τούτου δὲ μάρτυρ Ξενοφῶν οὕτω γράφων. Denique ſubjecta verba Xenophontis eſſe agnoſcuntur ex *lib. 5. ἀναβάς.* Haloander *in Xerolopho.* Ξηρόλοφος locus erat celeberrimus urbis Conſtantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gyll. *lib. 4. de topog. aph. Conſtantinop. cap. 8.*

A sica] Romani, teſte Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη. *incurvos gladios*, ſicas appellant. Per abuſionem tamen ſicarios omnes vocamus, qui cædem telo quocumque commiſerunt. Quint. *lib. 10. cap. 1.*

Susurris magicis] Incantationibus γοητείας. *Nov. 115. cap. 4.* quo referenda illa legis duodecim. *Qui malum carmen. incantaſſit. Qui frues excantaſſit,* &c. vid. Plin. *lib. 28 cap. 2.* Auguſtin. 8. *de civ. Dei. 19.*

Commentarius.

Juſtinianus hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de ſicariis ; ut ſuperiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in inſulam, & omnium bonorum ademptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modeſtini honeſtioris loci homines deportabantur : ſequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id eſt, morte: humiliores etiam beſtiis ſubjiciebantur, *l. 3. §. pen. in fin. §. pen. hoc tit. ad leg. Corn. de ſic. Paul. 5. ſent. 23.*

Vltore ferro] Scriptum hoc à Triboniano accommodate ad ſui temporis rationem: nam pœna capitis jam

jam tunc indiſtincte homicidæ puniebantur: quæ pœna hodieque manet, quod eam etiam exigat lex divina, *Exod. 21. 12. Levit. 24. 17.*

Qui hominis occidendi cauſa] Lege Cornelia de ſicariis non tantum homicidæ; ſed etiam qui hominis occidendi cauſa cum telo fuerint, tenentur, *l. 1. pr. eod.* Exiſtimare licet, Cornelium Syllam hanc legem tuliſſe poſt ſæviſſimam civium proſcriptionem, atque ut tandem finem imponeret cædibus, quę tum paſſim impunitæ, gravitate pœnæ etiam à conatu homines deterrere voluiſſe. Hodie generali conſuetudine huic parti legis derogatum eſt, nec jam conatus aut delictum non conſummatum amplius pœna legis ordinaria plectitur, teſte Claro *lib. 5. §. ult. q. 92. Ant. Matth. de crim. c. 3. n. 10. & ſeq. D. hoc tit. Sand. lib. 5. tit. 9. defin. 11.*

Telum autem] Hic locus deſcriptus eſt ex Cajo *l. Si calvitur 233. §. 2. de verb. ſign.* & eſt ſatis planus. Cæterum non dubito, quin lex Cornelia teli appellatione gladium, & vel maxime intellexerit: quamvis propria teli ſignificatio, quæ hic indicatur, gladio non conveniat.

A ſica quod ſignificat ferreum] Romani, teſte Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, incurvos gladios, ſicas vocant. Erat autem ſica genus gladii brevioris. Perfici fere acinacis magnitudine, ut commode ſub veſtibus occultari poterit: quod ex Joſepho *l. 1. Antiq.* diſcimus. Per abuſionem autem omnes ſicarios vocaverunt, qui cædem telo quocumque commiſiſſent auctore Fab. *l. 10. c. 1.*

Venefici] Venefici dicuntur, & qui veneno homines occidunt, quod plus eſt, quam occidere gladio; *l. 1. C. de malefic.* & qui artibus, ſive, ut hic ait Juſtinianus, ſuſurris magicis: ad cujusmodi ſuſurros referenda illa legis duodecim tabularum; *Qui malum carmen incantaſſit. Qui fruges excantaſſit. Neve alienam ſegetem pellexerit.* Item illud Virgilii.

Atque ſatas alio vidi traducere meſſes.

& id genus alia, quæ ſuperſtitio mortalium vi magici carminis effici poſſe credit, *vid. l. 4. & l. 6. C. de malefic. Plin. l. 28. c. 2. Auguſt. l. 8. de civ. Dei c. 19.* Sed veriſſime Seneca *lib. 4. nat. quæſt. 7. Rudis,* inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus & repelli; quorum nihil poſſe fieri tam palam eſt, ut hujus rei cauſa nullius Philoſophi ſchola intranda ſit.* Ego ſane ſic perſuaſum habeo, multa nimis temere credi, & veneficis ſagisve falſo affingi; multa per tormenta exprimi, quorum nihilunquam factum, atque incantationum prætextu plerumque homines inſontes ignibus tradi; quo ſupplicii genere pridem ſagæ affici cœperunt. Extat memorabile arreſtum Senatus Pariſienſis pro Valdenſibus Attrebatenſibus, *les Vaudois d' Arras,* edi-tum 20. *die Maji* 1491. quo ampliſſimus ordo teſtatur, nihil ſe in accuſatione eorum animadvertere potuiſſe præter meras ſycophantias.

TEXTUS.

De parricidiis.

6. *Alia deinde lex aſperrimum crimen nova pœna perſequitur, quæ Pompeia de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut, ſi quis parentis aut filii, aut omnino affectionis ejus, quæ nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit, (ſive clam, ſive palam id auſus fuerit) nec non is, cujus dolo malo id factum eſt, vel conſcius criminis exiſtit, licet extraneus ſit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli ſolemni pœnæ ſubjiciatur, ſed inſutus culleo cum cane, & gallo gallinaceo, & vipera, & ſimia, & inter eas ferales anguſtias comprehenſus (ſecundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur: ut omnium elementorum uſu vivus carere incipiat, & ei cælum ſuperſtiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate perſonas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de ſicariis ſuſtinebit.*

NOTÆ.

6. ASPERRIMUM CRIMEN] Nefas ultimum vocat Seneca 1. *de Clement. 23.*

NEQUE GLADIO] Legis tamen Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit, niſi quod hæc etiam conſcios ſceleris puniret, *l. 1. l. 6. eod.*

INSUTUS CULEO, &c.] *d. l. un. C. de his, qui par. vel lib. occidit.* Prius tamen virgîs ſanguineis cæſus, *l. pen. eod.* De pœna culei Cic. *in ea pro Sexto Roſcio.* Sen. 1. de *clem. 15.* Juven. *ſatyr. 8.* Etiam aliud ſupplicii genus uſurpatum invenio apud Paul. *5. ſent. 24.*

COM-

Commentarius.

Hic quoque idem fere accidit, quod ſuperius, nimirum ut pœna cullei adſcribatur legi Pompejæ, quæ tamen moribus majorum inſtituta eſt, *l. 9. pr. hoc tit. de legat. Pompej. de parricid.* adeoque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Ciceronis *pro Roſc. Amerin.* conſtat, atque in eum tantum, qui patrem, matrem avum, aviam occidit, ſi quis alios occiderit, pœna legis Corneliæ de ſicariis plectitur, *l. 1. d. l. pen. §. 1. hoc tit.* Conſtantinus & filios adjecit, *l. un. C. de his qui par. vel lib. occid.* quod & ipſum Imperator hoc loco attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter perſonas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, niſi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas perſonas coerceret, & quod hæc etiam conſcios ſceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, *l. 6. eod. & hoc text.*

De parricidiis] Parricida proprie dicitur, teſte Chariſio *lib. 4.* qui patrem occidit, quaſi patricida, aut per ſyncopen quaſi parenticida. Sæpe tamen idem verbum pro quavis ἀνδροφονίᾳ Romani uſurpant: quod & Plutarchus in Romulo obſervavit. Sic quæſtores parricidii, appellati quæſtores rerum capitalium: & clauſula, *Parricida eſto*, in omni re capitali ponebatur. Cicero 2. *de legibus. Sacrum, ſacrove commendatum qui clepſerit rapſitve, parricida eſt*, id eſt, *capital eſto.* Sed fortaſſis hic conſuetudo ſcribendi R. geminavit, cum unico ſcribendum fuerit: de quo ita Feſtus in verb. *Parici quæſtores. Paricida non utique is, qui parentem occidiſſet, dicebatur, ſed qualemcumque hominem*, in quam citat legem Numæ his verbis compoſitam; *Si quis hominem liberum dolo ſciens morti dedit, paricida eſto.*

Aut affectionis] Ita omnino legendum, non ut vulgo *affinitatis*, per *l. un. c. hoc tit. & l. un. C. Theod. eod.* Nam qui ſocerum, ſocrum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit, etſi ultimo ſupplicio, non tamen acerrima cullei pœna afficitur, *l. pen. §. 1. eod. & hoc text. in fin.*

Sed inſutus culleo cum cane, &c.] Supplicium parricidæ eſt, ut virgis ſanguineis verberatus, ac mox culleo inſutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera & ſimia, in mare aut profluentem projiciatur. Cicero *in ea pro Sext. Roſc.* de culleo ſolo loquitur: ſed Seneca *lib. 1. de clem. c. 15.* etiam ſerpentis meminit: Juvenalis ſerpentis item & ſimiæ, *ſatyr. 8.* Veriſimile eſt, Conſtantinum canem & gallum gallinaceum addidiſſe. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit; Modeſtinus à Triboniano interpolatus mori majorum, *d. l. pen. pr. hoc tit.* Aliud quoque ſupplicii genus uſurpatum invenio apud Paulum, *lib. 5. ſent. 25.* ut parricida vel vivus combureretur, vel beſtiis objiceretur. Pœna cullei hodie in uſu eſſe deſiit. *Ant. Matth. ad hunc. tit. cap. 3. num. ult. Grœnevv. de ll. abr. lib. 5. tit 9. defin. 2. Gudelin. de jur. noviſſ. lib. 5. cap. 17.* ubi & de vario genere ſupplicii, quo nunc parricidia puniri ſolent.

Omnium elementorum uſu] Quid myſterii ſit in pœna cullei, oſtendit Cicero in *d. orat. pro Sext. Roſc.* & Theophilus hic. Leucipp. 3. ἵνα μὴ τὴν ψυχὴν μόνον ἀπολέσῃ, ἀλλὰ καὶ τὴν ταφήν. Eodem pertinet illud Quintiliani *declam. 299. Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portem, morienti terram, defuncto ſepulchrum negat.* & Ovidii. lib. 8. *Metamorph.*

Dii te ſummoveant, ô noſtri infamia ſecli,
Orbe ſuo, tellusque tibi pontusque negetur.

Textus.

De falſis.

7. *Item lex Cornelia de falſis, quæ etiam teſtamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui teſtamentum, vel aliud inſtrumentum falſum ſcripſerit, ſignaverit, recitaverit, ſubjecerit, vel ſignum adulterinum fecerit, ſculpſerit, expreſſerit, ſciens, dolo. Ejusque legis pœna in ſervos ultimum ſupplicium eſt; quod etiam in lege Cornelia de ſicariis & veneficiis ſervatur: in liberos vero deportatio.*

Nota.

Ejusque legis poena] Ex Marciano *l. 1. §. ult. eod.* adde Paul. *d. l.*

Commentarius.

Teſtamentaria vocatur] *l. 30. hoc tit. ad leg. Corn. de falſ. Paul. 5. ſent. 25.* Ex eo autem fortaſſis ſic appellata eſt, quod majore ejus parte de falſo in teſtamento commiſſo caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis

mis cavebatur. Cicer. *Verrin.* 3. *Cornelia teſtamentaria, nummaria, cætera complures*, &c.

Vel aliud inſtrumentum] Hoc ex Senatus conſulto Liboniano adjectum legi Corneliæ Cujacius exiſtimat: legem enim ipſam tantum de nummis & teſtamentis falſis caviſſe.

Scripſerit, ſignaverit, &c.] Apud Paulum d. loc. additur, *amoverit, reſignaverit, deleverit, quive nummos aureos argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raſerit, corruperit, vitiaverit, vultuve Principis ſignatam monetam præter adulterinam reprobaverit*, *l. 1. l. 2. l. 8. 9. & paſſ. hoc tit.*

In ſervos ultimum ſupplicium] Pœna falſi deportatio eſt, & omnium bonorum publicatio: ſervi ultimo ſupplicio afficiuntur, *l. 1. §. ult. hoc tit.* Marcianus addit, & quaſi falſi: nimirum cum aliter falſitas committitur, quam uti nominatim lege Cornelia cautum eſt: qui caſus ex Senatusconſulto aut Principum conſtitutionibus ad rationem legis accommodati ſunt. Quod ſi id exigat magnitudo commiſſi, etiam capitali ſupplicio in eum qui falſum commiſerit, animadvertitur, *l. 22. C. de falſ.* Noſtris moribus pœna falſi aut exilium eſt, aut fuſtuarium, prout judex decernet. *Gudelin. d. l. 5. cap. 20. Damhoud. prax. crim. cap. 119. & ſeqq. Zypæ. not. jur. Belg. de falſ.*

TEXTUS.

De vi.

8. *Item lex Iulia de vi publica ſeu privata adverſus eos exoritur, qui vim vel armatam ſine armis commiſerint. Sed ſiquidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Iulia de vi publica irrogatur: ſi vero ſine armis, in tertiam partem bonorum ſuorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel ſanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur, ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionem, ex qua hoc apertius poſſibile eſt ſcire.*

NOTÆ.

In tertiam partem bonorum] *l. 7. l. ult. ad leg. Iul. de vi priv.*

Sanctimonialis] Aſceriæ, virginis vel viduæ Deo dicatæ, *l. unic. Cod. de rapt. virg.*

Capite puniuntur] Licet mulier raptui conſenſerit, *d. l. 1. §. 2.* quod tamen non de ſimplici & ſpontaneo aſſenſu accipiendum; ſed ita ſi conſenſerit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius eſſe putant Perſuaſoriis pellicere mulierem, quam vi uti. Liban. *decl.* 2. Plutarch. in *Solon.*

Commentarius.

Vim armatam, vel ſine armis] Cur vis cum armis facta publica, ſine armis privata habita ſit, hæc ratio eſt, ut alibi quoque diximus quod armis uti ſolius reipublicæ eſt: unde lex duodecim tabularum cum telo eſſe nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Iulia] De vi publica damnati deportantur. Ulpianus *l. 10. §. ultim. ad leg. Iul. de vi publ.* ait, aqua & igni his interdici, ſed notum eſt, huic pœnæ deportationem ſucceſſiſſe. De vi privata damnati tertia parte bonorum ſuorum multantur, *l. 1. & l. ultim. de vi priv.*

Raptores, &c. capite puniuntur] Licet mulier raptui conſenſerit, *l. un. §. autem*, ibi, *ſive volentibus, ſive nolentibus, Cod. de rap. virg.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, *cap. ſcienti 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. uſque adeo 5. de injur.* Neque enim *d. l. un.* de ſimplici & ſpontanea voluntate aut aſſenſu mulieris accipienda eſt: ſed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promiſſionibus, aliiſque malis artibus perſuaſa raptori conſenſerit: quo caſu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cum doloſa perſuaſio non minus malum ſit, quam violenta coactio: per *l. 3. §. ſi quis volentem. 5. de lib. hom. exhib. l. 1. §. 3. de ſerv. corr.* Unde Solon ſeverius punivit eum qui perſuaſoriis verbis pellexiſſet mulierem, quam qui vi uſus eſſet, teſte Plutarcho, *add. Liban. declam.* 2. Hodie pœna hujus criminis arbitraria eſt, & creſcit pro gravitate admiſſi. *Damhoud. prax crim. cap. 200. num. 8. Perez. C. ad leg. Iul. de vi in fin.* Virgini vel viduæ ſtuprum per vim inferentes capite puniuntur, *Zypæ. not. jur. Belg. de adult. verſ. ſtupro. Damhoud. d. prax. cap. 92. deciſ.* cur

cur. Holl. 47. Attentatum per vim ſtuprum, ſed non conſummatum, virgis & exvio vindicandum judicavit Curia Friſiæ. *Sande lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 11.

TEXTUS.

De peculatu.

9. Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam; vel rem ſacram, vel religioſam furati fuerint. Sed ſiquidem ipſi judices tempore admiſtrationis publicas pecunias ſubtraxerint, capitali animadverſione puniuntur: & non ſolum hi, ſed etiam qui miniſterium eis ad hoc exhibuerint, vel qui ſubtractas ab his ſuſceperint. Alii vero, qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis ſubiugentur.

COMMENTARIUS.

LEge Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam, remve ſacram aut religioſam furatur, *l.* 1. *l.* 4. *hoc tit. ad leg. Iul pecul.* Peculatus enim duplex eſt, furtum pecuniæ publicæ, quod proprie & in ſpecie peculatus, & rei ſacræ, quod ſacrilegium proprie vocatur: unde à Labeone definitur, pecuniæ publicæ aut ſacræ furtum, *l.* 9. §. 2. *eod.* addit Labeo, non ab eo factum, cujus periculo eſt: nam æditituum in his, quæ ei tradita ſunt, peculatum non committere.

Siquidem ipſi judices] Qui pecuniam publicam, quam ipſe adminiſtrat, averterit, capite punitur, uti & is, qui operam ei aut miniſterium præbet, *l. unic. in fin Cod. de crim. pecul.*

Pœna deportationis] Ob ſimplicem peculatum pœna deportationis imponitur, *l.* 3. *eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. pen. eod.* Sacrilegi autem, id eſt, qui publica ſacra compilaverunt capite puniuntur, *l.* 9. *eod. Clar.* §. *ſacrilegium. Ant. Matth. de crim. cap.* 2. & 3. *de leg Iul. pecul. Damh. ud. prax. crim. cap.* 111.

TEXTUS.

De plagiariis.

10. Eſt & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex ſacris conſtitutionibus irrogat, interdum leviorem.

NOTÆ.

10. DE PLAGIARIIS] Plagiarius eſt, qui liberum hominem vel ſervum alienum dolo malo ſupprimit, ἀνδραποδιστής Lyſ. *orat.* 8. ſupprimendo enim plerumque plagium committitur, *l.* 3. §. 6. *hoc tit. l.* 2. 5. 6. *C. eod.* licet interdum & aliis modis, puta vendendo, &c. *l.* 1. 2. 4. *D. eod.*

INTERDUM CAPITIS POENAM] Ex ipſa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: poſtea gravius puniri cœpit, & quandoque capite, *l. ult. eod. l.* 7. *l. ult. C. eod.* ubi & lege Divina, *Exod.* 21. *v.* 16. *Deut.* 24. *v.* 7.

COMMENTARIUS.

PLagium nihil aliud eſt, quam liberi hominis, vel ſervi alieni ſuppreſſio dolo malo facta. Nam plerumque ſupprimendo plagium committitur, *l.* 3. *l.* 5. & 6. *hoc tit. de leg. Fab. l.* 2 *l.* 5. *l.* 9. & 14. *Cod. eod.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *l.* 1. *l.* 2. & 4. *eod.* Pœna plagii ex ipſa lege Fabia pecuniaria erat: poſtea gravius puniri cœpit, & nonnullis caſibus etiam capite, *l. ult. eod. l.* 7. & *l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui ſciens dolo malo liberum hominem vendit, morte mulctatur. *Deut. cap.* 24. *v.* 7. *Exod.* 21. *v.* 16. quod tranſcriptum in decretalibus Gregorii, *cap.* 1. *de furt.* & adhuc hodie obtinet, ſi celandi animo crimen commiſſum: alias fere virgis & relegatione, *Clar.* §. *fin. quæſt.* 68. *num.* 31. *Perez. in C. ad leg. Fab. de plag. num.* 6.

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona reſiduis.

11. Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de reſiduis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amiſſionem non irrogant; aliis autem pœnis eos ſubjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.

Excu-

Excuſatio.

12. *Sed de publicis judiciis hæc expoſuimus, ut vobis poſſibile ſit, ſummo digito, & quaſi per indicem ea attigiſſe: alioqui diligentior eorum ſcientia ex latioribus Digeſtorum ſeu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura eſt.*

NOTÆ.

Repetundarum] Vid *l. 3. & 4. de leg Iul. rep.* de pœna eſt in *l. 7 §. 2. eod. l. 1. l. ultim. C. eod.*

De annona] Adverſus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, &c. *l. 2. de leg. Iul. de annon.* add. *l. 37. de pœn. l. 6. de extr. crim.* Apud Athenienſes pœna capitis ſtatuta erat in eos, qui frumentum alio comportabant annonamve ſupprimebant, Lyſ. *orat. 21.*

De residuis] Hac lege damnatus amplius tertia parte quam debet, punitur, *l. 2. l. 4. §. 3. & 2. ſeqq. ad leg. Iul. pecul.* Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicam delegatam in uſum aliquem retinuit, *l. eod.* ſeu apud quem ex pecunia publica quid reſedit, *d. l. 4. §. 3.*

12. Et quasi per indicem] Id eſt, leviter, ſummatim, ὑποτυπωτικῶς, digito ad fontes, unde hauriatur, intenſo. Aſcon. in *Verr. 3. Antequam cauſam agerent, quaſi per indicem rem exponebant,* &c.

Commentarius.

De ambitu] Ubi ſinguli regunt, ambitus nullus uſus eſt; ſed frequens, ubi univerſi, ut Romæ olim ante conſtitutionem Principis frequentiſſimum conſtat. Hinc illæ leges, Petilia, Primaria; Fabia, Calphurnia, Tullia, Julia, & ſimiles de ambitu, id eſt, affectatis largitione honoribus, latæ. Sed hæ leges ceſſaverunt in urbe, ex quo magiſtratuum creatio ad curam principis pertinere cœpit, ſublato populi ſuffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modeſtinus *l. un. pr. de leg. Iul. ambit.* ſicut & apud nos occaſio ejus exercendæ ſublata: de quo *Grœnevv. de ll. abrog D. de leg. Iul. de ambit.* Pœna hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. un. eod.* Canonibus ambitus dicitur Simonia, à Simone Mago; cui Petrus maledixit, quod ab Apoſtolis Spiritus Sancti gratiam pecunia emere voluit. *Actor. cap. 8. can. quidam, 24. q. 3.* Eſt enim Simonia, cum aliquid pro ſpiritualibus exigitur vel promittitur, *tot. tit. x. de Simonia.*

Repetundarum] Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam poteſtatem haberet, pecuniam ob judicandum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio ſuo fecerit, *l. 3. l. 4. d. l. Iul. repet.* Pœna hujus legis extraordinaria eſt, nunc relegatio vel ordinis amotio, nunc exilium, vel etiam mors, pro modo ſcilicet & qualitate ſceleris, *l. 7. §. 3 eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur *l. 1. l. ult. in fin. C. eod.*

De annona] Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum ſtatuitur adverſus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum eſt, ut annona carior fieret, *l. 1. & l. 2. de leg. Iul. de annona*, quod crimen plerumque committunt ii, qui Dardanarii ſeu pantopolæ & ſeplaſiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l. in Dardanarios 37. de pœn. l. 6. de extraord. crim.*

De reſiduis] Crimen reſiduorum eſt pecuniæ publicæ alicui ad uſum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad ſuos uſus converſio, ſive in ſolidum ſive ex parte. Et quod in rationibus pecuniisve privatis eſt reliqua, id in publicis proprie eſt reſidua; ſic dicta, quod apud eum, cui adminiſtranda data eſt, pecunia publica reſideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte, quam debet, punitur, *l 2. l. 4. §. 3. & 2. §§. ſeqq. ad leg. Iul. pecul.* Hodie pœna hujus criminis, ut & præcedentium fere, arbitraria eſt. *Grœnevv. tract. de legib. abrog. ad rubr. C. de pœn.* παρέργως & tralatitie, ut in appendice.

INDEX

INDEX RERVM & VERBORVM.

Ubi T.1. partem primam, primum & ſecundum, T.2. partem ſecundam tertium & quartum librum Inſtit. continentem, ſignificat: numerus vero paginam, a. priorem, b. poſteriorem columnam deſignat.

A.

Acceptilationis definitio à Modeſt. tradita. t. 2.241. b. Alia plenior & planior. ib. 242. Acceptilatio an ſpecies ſit ſtipulationis. ib. Acceptilationis & ſolutionis communia & propria. ib. a. In forma Acceptilationis quæ conſideranda. ib. b. Materia ſeu objectum. ib. 242

Acceſſionum genera. t. 1.170. b. Acceſſionis & ſpecificationis differentia. t. 1.181. a. Acceſſionis vice quid cui & quando cedat. ib. b. Domino partis, quæ ceſſit, quomodo conſulatur. t. 1.181. a

Accreſcendi jus quid ſit. 1.485. b. In hæreditatibus id jus valere ex neceſſitate. ib. Deficientium hæredum portiones quibus accreſcant pro qua parte, 1.486. Valere idem jus & in legatis, ſed ex ſola voluntate teſtatoris. ib. Verus circa jus accreſcendi differentia inter genera legatorum. ibid. a

Accreſcendi jus non eſſe inter legatarios diverſarum rerum 1.487. Quibus, pro qua parte defecta pars collegatarii accreſcat. ib. An conjuncti poſt obitum teſtatoris mortui pars conjuncta accreſcat. 1.488. b

Accreſcendi jus an locum habeat inter conjunctos verbis. 1. 489. an in contractibus 2.144. a

Actio quomodo conſideranda, quatenus tertium juris objectum conſtituit. 2.296. a. Ex quo jure actiones proficiſcantur. ib. Actionis nomen quam late pateat. 2.297. b. Quot modis uſurpetur à noſtris 2. 297

Actio in rem [illegible] rum Domino ambulat, eaque tenetur noviſſime poſſidens 2.301. b

Actiones in perſonam nec ex contractu, nec ex maleficio. 2.306. a

Actio reſciſſoria quibus ex cauſis à prætore detur, ejusque introducendæ occaſio 2.320. b

Actio ex ſtipulatu de dote cur plenior, quàm in rei uxoriæ 2. 356. b. Singularia circa illam ex ſtipulatu à Juſtiniano conſtituta 2. 367. a

Actio in rem quid ſit, unde naſcatur, & cui competat 2. 315. Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem 2. 316. a. Petitio hujus actionis propria. 2. 309. b. An poſſeſſor contra vindicare tenetur 2. 310. a

Actio pœnalis nulla in hæredem datur, licet ex contractu 2. 397. a

Actio de peculio & actio de in rem verſo an duæ diverſæ actiones 2. 379. a

Actio in perſonam quid, cui, adverſus quem, detur. 2. 304. a. quid petat; ubi & de formularum diverſitate 2. 306. a

Actio præſcriptis verbis unde dicta 2. 195. a

Actio ex jurejurando qualis. 2. 332. b. in perſonam eſſe, ex quacunque cauſa juratum ſit. ib. quod genus jurisjurandi eo pertineat. 2. 333. a. quam ob cauſam actio ex jurejurando à prætore introducta cui, adverſus quem, quo effectu, detur 2. 333. a. b

Actio de partu agnoſcendo, cui, adverſus quem, quo effectu detur. 2. 338. Actio de jure familiæ inter patrem & filium, & quid hæc ab illa de partu agnoſcendo differat ibid.

Actio Pauliana in perſonam eſt. 2. 323. a. Cui quando detur 223. quæ concurrere debeant, ut huic actioni ſit locus. ibid. intentio creditorum in actione Pauliana. 2. 324. b. quamdiu ex quo tempore competat ibid.

Actio directa quot modis dicatur. 2. 280. a

Actio utilis quid, & quâ ratione, quando, à quibus intro-

introducatur 2. 208. Directa actio tam ex ſententia legis, quam quæ ex verbis: utilis, quæ tanquam ex ſententia; in factum, cui nec oratio, nec ſententia convenit. ib. 2. Appellatione actionis in factum interdum & utilem ſignificari ibid. b
Actio de tigno juncto in duplum datur, etiam adverſus eum, qui bonâ fide junxit 1. 186. b. An exemptione tigni poſſit evitari dupli præſtatio ibid. 187 a. Apud nos huic actioni non eſt locus ibid.
Actio in rem etiam in loco domicilii poſſeſſoris moveri poteſt. 2. 300. non poteſt inſtitui, niſi certus ſit poſſeſſor 2. 319. a
Actiones rei perſecutoriæ quæ, & quæ pœnales. 2. 341. a rei perſecutoriæ omnes, quæ in rem. 2. 343. b. ex contractu una mixta ibid. a. Pro pœnalibus quæ habeantur, cum à parte actoris pœnales non ſint. 2. 345. b. An ulla actio plus quàm quadruplum perſequatur 2. 347. a. Hodie omnes actiones eſſe rei perſecutorias 2. 350. b
Actiones rei perſecutoriæ omnes, & hæredibus & in hæredes dantur 2. 397. & 98
Actiones omnes judicio incluſas perpetuari, & quid hic juris hodie 2. 399. b
Actiones populares 2. 300. b
Actiones, confeſſoria & negatoria, non ex figura verborum, ſed ex ſententia & re petita æſtimandæ, 2. 311. b. An hæ actiones pro alio jure quàm pro ſervitutibus etiam dentur 2. 311. Actio negatoria cur de rebus corporalibus non prodita 2. 311. b. cur prodita in rebus incorporalibus 312. cur in rebus corporalibus actio poſſeſſori non detur 315
Actiones prætoriæ quæ 2. 316. a. b. Prudentum non fuit actionem dare 2. 316. b. a
Actiones mixtæ an tertiam ſpeciem conſtituant. 2. 303. a. An actiones in rem ſcriptæ 2. 302. b
Actiones pœnales, quibus nihil amplius perſequimur, quam quod abeſt 2. 398. Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus 2. 399
Actiones bonæ fidei quæ, & undè, ſic dictæ 2. 353. b Actiones ſtricti juris quæ, & undè ſic appellatæ. 2. 352. b. harum actionum inſignis differentia, & an quæ adhuc maneant 2. 353. & 54. Actiones bonæ fidei nullas eſſe præter eas, quæ à Juſtiniano recenſentur 2. 354
Actioni hypothecariæ locus in omni genere pignoris. Conſtitutio Carol. V. ann. 1519. Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quàm debitor pignus poſſidet, tum quid juris hic apud Batavos 2. 325. a
Actiones de peculio introducendæ cauſa 2. 330. eſſe in perſonam. ibid. ex delictis non dati. 331. b. Actione de peculio non conſumi obligationem cum filio & ſervo contractam 2. 331. b. Cauſa ex quibus ſervus dominum, filius patrem de peculio non obligant. ibid.
Actionis de pecunia conſtituta introducendæ cauſa 2. 329. a. qui, quibus ex cauſis hac actione teneantur 2. 330. a
Actionis hypothecariæ introducendæ cauſa. Qualis ſit hæc actio, quibus, adverſus quos, quo exitu detur 2. 325. & 26
Actionis definitio competit etiam actioni in rem, item actionibus popularibus 2. 300
Actionum diviſio in rem & in perſonam, unde ſumpta 2. 301. a
Actus quid ſit 1. 226. b. Actum qui habet, etiam armenta trajicere poteſt ibid. vehiculum agere 1. 226. a. & ire ſine jumento 1. 227
Ademptio legatorum quot modis fiat 1. 531. a. quibus ex rebus conjiciatur, res adimendi legati cauſa alienata ſit, nec ne, oppigneratione rei legatæ non videri legatum ademptum 1. 496. & 97
Adeundo vel pro hærede gerendo, ut quis hæres fiat quarum rerum eum gnarum eſſe oporteat 2. 468. b. quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur ibid. a
Aditionem & pro hærede geritionem duo eſſe diſtincta genera acquirendæ hæreditatis, nec eſſe plura 2. 467. a
Adoleſcentes inviti olim Curatores non accipiebant 1. 124. a
Adoptati jus liberorum in familia patris naturalis non habent 2. 368. a. emancipati à patre adoptivo, jus illud beneficio recuperant 2. 368. a
Adoptio quid, apud quos olim ejus uſus 1. 76. a. Adoptionis uſus hodie ſublatus, etiam in Gallia 1. 76
Adoptio in ſpecie dicta quid ſit, & quorum: apud quos quomodo fiat 1. 77. b. quid circa eam novi conſtituerit Juſtinianus ibid. 78
Adoptio naturæ imago & quid inde 1. 80. & 81
Adoptiva filia nec adoptione ſoluta uxor duci poteſt 1. 62. a
Adoptivorum ſucceſſio exſoleta 2. 18. a
Adrogatio quid ſit & quorum, apud quos & quomodo fieri ſoleat 1. 77. b. in adrogatione impuberum quæ excutienda 1. 79. b
Adrogationis effectus 1. 82. b
Adrogator quid & cui caveat 1. 79. b
Adrogatori non tantum proprietas, ſed etiam poſſeſſio acquiritur 2. 79. a
Adſcriptitii qua conditione ſint 1. 31. b. Adſcriptitiæ conditionis qui hodie ibid.
Adſectari cui injurioſum 2. 284. a
Adſignare libertum quid ſit 2. 67. a

Ædi

Ædificia etiam non habitandi cauſa parata urbana prædia cenſeri in materia ſervitutum 1. 229.a
Ædiles Curules nomen & procuratio 1.24.a
Æquitas quid & quotuplex 1.27.b
Ærarium quid, & quid fiſcus 1.275.b
Æſtimationis auctæ commodum, & deminutæ incommodum ad creditorem pertinet 2.97.b. cujus temporis in æſtimatione ineunda hic ratio habeatur 2.97
Ætas Annorum 25. cur finem afferat curationis 1.123.a
Ætas legitima in matrimonio 1.57.b
Affines qui, an & etiam gradus affinitatis 1.66.a
Affinitatis genera 1.66.b. Affinitatis transverſa linea apud veteres Roman. prohibitionem non habuit. ibid. 67. Affinitas proprie ſponſalibus non contrahitur 1.70.a. naſcitur etiam ex illegitima conjunctione ibid.
Agnatorum nomen quot modis uſurpetur 2.24.b
Agnatorum ſucceſſionem cur latius diffundi placuerit, quàm cognatorum 2.46.b. hoc diſcrimen ſublatum ibid. Agnatorum ſucceſſio, & novo jure cognatorum, an certo gradu terminetur & quid hic uſus ſervet 2.47
Agnatos inter & gentiles, item inter gentem & familiam quid interſit 1.100.a
Album prætoris & quale judicium in eum, qui album corrupit 1.334.a.b
Alienandi verbum quàm latè pateat ex ſententia legis Juliæ 1.288.b
Alluvio quid 1.170.b. quibus in agris locum habeat. ibid. quid hic juris apud Batavos 1.171.b.
Alveus deſertus primi occupantis fit, ſi vicini agri limitati 1.176. Alvei exſiccari pars quando apud nos privatorum fiat 1.175. Alveus an aliquando priori domino reſtituatur, flumine recedente. 1.176.a
Alveus fluminis extra uſum publicum exiſtimatur pars vicinorum prædiorum, & quid inde 1.175.a
Ancilla cum natis legata ſi ſit, duo inte'ligi legata ſeparata, & æque principalia 1.503.a. Item ſi ſervus cum vicariis ſuis 1.504.a. Secus ſi ſervus cum peculio aut penus cum vaſis. ibid. aut fundus cum inſtrumento ibid.b
Apes omnes natura feræ 1.165.b
Aqua profluens non idem quod flumen 1.154 b
Aquæ ductus quid, quomodo aqua ducatur, & unde ducere liceat 1.228.a
Aquæ & ignis interdictionis origo & cauſa. 1.103.b in locum hujus pœnæ ſucceſſit deportatio. ibid. 104.a
Arbitrariæ actiones an tertium ſpecimen actionum conſtituant 2.360. ex quo fit, quod actio de eo, quod certo loco, arbitraria. ibid. b. Cæterarum arbitrariarum natura & ratio nominis 2.361. a. In eo, quod certo loco, unâ ſententiâ rem tranſigi. ibid. in illis duplicem intervenire ſententiam, & mores hodierni. ibid. Arbitrariarum & bonæ fidei diſcrimen 2.362
Arbitratoris manifeſta iniquitas, corrigi poteſt officio Judicis 2.183
Arbitratores quos vocant, judices non eſſe 2.303.a
Arbitri & Judicis nomina, quam diverſimode accipiantur 2.303.a
Arboris transplantatæ proprietas poſt coaliriofiem ita immuratur, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur. 1. 191. a. priori Domino quomodo conſulatur de pretio plantæ. ibid.
Areæ legatæ, ſi domus impoſita ſit, ſuperficiem ſimul cum ſolo deberi 1.506.a
Arrha datur vel ut ſymbolum, vel ut ſit pars pretii & effecta utriusque 2.179.b
Aſſis ejusque partium uſus quam frequens & quibus in rebus fuerit 1. 380.b
Aſyli jus non eſſe dandum ſicariis raptoribus. 1.50.b
Attentatio pudicitiæ cur injurioſa 2.284.a
Auctoritatis verbum quam varie uſurpetur. 1.261.b & quid eo in LL. Duodecim Tabb. ſignificetur. ibid.
Auctoritate propria nemo poteſt quod ſibi debetur occupare 2.301
Auctoritatis prudentium origo 1.24.& 25.b

B.

BAnnii quo numero habendi 1.85.b
Batavi quibus in locis quondam jure Scabinico, & in quibus Æsdomico circa ſucceſſionem ab inteſtato uſi 2.51.a
Beneficium competentiæ quibus, quas ob cauſas detur 2.371.a. quale ſit hoc beneficium, perſonæ an rei cohærens 2.373.b
Beneficium ordinis vid. verb. Ordinis.
Beneficium diviſionis quale ſit, & quibus competat 2.165.b. Conditiones, ſub quibus conceditur. 2.166
Bonorum poſſeſſio contra Tabb. etiam ſuis hæredibus propoſita 2.14.b. ad bonorum poſſeſſionem contra Tabb. difficilius quem admitti, quam ab inteſtato 2.15.b

Bonorum poſſeſſio contra Tabb. quo ſenſu dicatur eſſe ex teſtamento. 2.71. a. Cur ea primo loco edicti propoſita. 2.71. a
Bonorum poſſeſſio unde liberi, quo colore emancipatis deferatur. 2.12. ad bonorum poſſeſſionem unde liberi non vocantur, qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt. 2.13.a
Bonorum poſſeſſio Edictalis & decretalis. 2.76.a
Bonorum poſſeſſio unde vir & uxor ſola hodie neceſſaria. 2.74.a. apud nos locum non habet; uti nec ullæ aliæ. 2. 23.b
Bonorum poſſeſſiones quæ juris civilis confirmandi gratia introductæ. 2.69.a
Bonorum poſſeſſores vi ipſa hæredes eſſe, & jure prætorio dominium rerum ſingularum conſequi. 2.70
Bonorum poſſeſſores, an hæredes efficiantur, qui jure civili ſuccedere poſſint, ſi malint honorario 2.70. a
Bonorum poſſeſſio quid. 2.67. a, b. Ex bonis quæ dicantur. 2.271.a

C.

Canones obſervandi circa materiam ſtipulationum. 2.136.b
Capacitas heredis inſtituti, quibus temporibus inſpicienda 1.460.b. non ſatis ſubtiliter tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda capacitate conſtitui terminum disjunctum à tempore mortis. 1.461.a
Captatoria inſtitutio quæ veteribus dicta 1.388.a
Caſus fortuitus quid. 2.103. b. in nullo contractu præſtatur. ibid. periculi appellatione non ſemper caſus venit. ibid. inter caſus fortuitos non numerantur, qui cum culpa conjuncti eſſe ſolent. 2.103. Regula de caſibus fortuitis non præſtandis quando ceſſet. ibid.
Caſus fortuiti excluſio non protinus inducit præſtationem culpæ leviſſimæ. 2.110. 2.103.a
Cauſa legandi etſi falſa ſit, legato non nocet, niſi in futurum collata & quare 1.524. inſigne hujus juris temperamentum. 526. & 27
Cauſarum duarum lucrativarum in eandem rem & perſonam concurſus, eſt ſpecies liberationis; & quo ea pertineat. 1.482. b
Cauſæ cognitio quid & quibus in rebus conſiſtat. 2. 434
Cautio fructuaria à teſtatore remitti non poteſt; ab herede poteſt. Et quid ſi fructuarius propter inopiam fidejuſſores invenire non poſſit. 1.241.b
Cautio quaſi fructuaria an ſit de ſubſtantia uſusfructus. 1. 240. partes hujus cautionis. ibid.
Cautiones & confeſſiones debiti inutiles. 2.170.b
Quæ cautiones ad probationem tantum valeant. 2.171.a
Cautionem pecuniæ creditæ poſt biennium valere ad obligationem, antea ne ad probationem quidem. 2.171. a. b. à quo tempore biennium currat. 2. 173. b
Cœnotaphium an religioſum. 1.159.a.
Ceram quod pro tabb. veteres dixerint, unde ſit. 1. 334.a
Civilis diſciplina, vid. Juſtitia.
Civium apud nos diſtinctio. 1.36. a.& b.
Codicilli quid & unde dicti. 1. 563. Jure Codicillorum non valere voluntatem in hoc paratam, ut teſtamentum ſit, niſi adjecta ſit clauſula Codicillaris. 1.565. Codicilli quicunque & quocunque tempore, à teſtato facti, jus teſtamenti ſequuntur. 1. 565. Differentia inter Codicillos confirmatos & non confirmatos; quæ hodie ſublata. 1.565. quatenus ex his quæ teſtamento cauta, codicillis mutare quid liceat; Codicilli aut teſtamentum facti non intelliguntur teſtamento revocari, niſi appareat, teſtatorem à priore illa voluntate receſſiſſe. 1. 565. Codicillis hæreditas dari, nec adimi poteſt, nec ſi teſtamento confirmati. 1.567. Neque conditio hæredi inſtituto adjici neque detrahi. ibid. Per fideicommiſſum hæreditatem codicillis recte dari & adimi. ibid. Codicillos in captivitate factos ab eo, qui in civitate teſtamentum fecerat, eo reverſo convaleſcere. 1. 356
Codicilli unius hominis etiam plures eſſe poſſunt. 568
Codicilli non ſunt ſine aliqua ſolennitate ordinationis. ibid. an mulier in Codicillis recte teſtis adhibeatur. 1.324
Cognatio ſervitute amiſſa, manumiſſione non recipietur. 1.106.a
Cognationis genera. 1.61. a
Cognationes prætoriæ & extraordinariæ 2.199.a
Colonus vid. Fructuarius.
Comitiorum genera obiter expoſita, & oſtenſum quibus comitiis teſtamenta fieri ſolita. 1.314.a.b
Comixtio quid proprie: ejus effectus, 1.183.a. mixtionis pecorum & frumentorum comparatio. ibid.
Commodare quid ſit, & quid differat à precario. 2. 101.a
Commodatum proprie nullum, niſi gratuitum. 2. 106
Commodatum & mutuum in quo differant. 2.101.b
Communi dividundo inter quos, & qua re agatur. 2.347
Communio inter aliquos conſtituta, quarum rerum obligationem pariat. 2.330.b. In judicio communi divi-

dividundo quæ culpa veniat. ibid.
Compenſatio quid ſit 2.357.b. Non liquidi ad liquidum cur non admiſſa compenſatio, & quid cauſa liquida 2.358.b
Compenſatione ipſo jure actiones minui, quid hoc, quæ inde utilitas 2.358.b. rerum tantum conſumptibilium eſſe compenſationem 2.359.a
Condicere quid ſit veteribus, & cur inde actio in perſonam dicta condictio 2.341.b. Pro veteri condictione quid poſtea inſtitutum & quid hodie 2.341.a
Condictio certi una ne ſit & generalis, an duplex 2.99.b
Condictio furtiva non tantum in odium furis, ſed etiam in commodum domini introducta 2.340.a.b difficile expeditu, quomodo furi res condici poſſit 2.339.a
Condictio furtiva & actio rerum amotarum contra hæredes etiam in ſolidum dantur. 2.267
Conditio & modus qua in re diſcrepent & conveniant 2.526
Conditio impoſſibilis non vitiat ultimas voluntates 1.391. Conventiones contra. ibid. Impoſſibili conditioni ſimilis eſt turpis. 1.391. Circa hæc mores noſtri. ibid.
Conditio hæc, ſi hæres non erit, continet & caſum impotentiæ & voluntatis 1.395.a. diverſimode accipitur pro conditione inſtituti. ibid.
Conditio quid ſit & quotuplex, tum quæ conditiones inutilem ſtipulationem ab initio faciant. 2.120.a Etiam promiſſiones, quibus tacitè conditio ineſt, pro conditionalibus eſſe. ibid.b
In Conditionibus arbitrariis quid juris. 2.120.b
Conditione pendente nihil dum deberi, & quid inde 2.121.a. Inſigne diſcrimen circa ſtipulationes & legata conditionalia. ibid.b. an idem in conditionibus arbitrariis 2.121.b
Conditiones ad præſens vel præteritum tempus relatas vim conditionis non habere & quare, 2.122.a.b
Conductor regulariter levem duntaxat culpam præſtat 2.202
Confuſio & commixtio quomodo differant cum ſignate loquimur 1.182.a. Confuſionis effectus & quarum rerum quomodo confuſio facta communionem pariat, ibid.b. in confuſione fortuita quid juris 1.183.a. quid ſi unus è dominis confuderit altero ignorante ibid.b
Conjuncti & disjuncti, ſinguli rectè & totum habere dicuntur & partem, diverſa conſideratione 1.487.b. partem ab initio facere quid ſit. ibid. an partem faciat, qui teſtamenti tempore mortuus aut incapax 488.b
Conjunctorum genera expoſita. 1.486.b. disjuncti qui paſſim dicuntur, & eos ipſos vere conjunctos eſſe. ibid.
Conſanguinei qui noſtris 2.24.a. & unde ſic appellantur ibid.
Conſanguinitas quando ab agnatione diſtingui & quam ob cauſam cœpta 2.27.a
Conſanguinitatis prærogativa ſublata. 2.25.a
Conſenſus, quibus modis declaretur 2.175.a. obligatio ex conſenſu pinguior, quam verborum ib.b
Conſenſus in matrimonio liber eſſe debet 1.58.a.b
Conſenſus parentum & quorum quibus liberis neceſſarius 1.58.a.b. Eo non interveniente nuptiæ irritæ, & quid jure divino? 1.59.a. quid in his regionibus. 1.59.b
Conſtituti & fidejuſſionis convenientia & diſſimilitudo 2.168.a
Conſtitutionum genera 1.22.a. Conſtitutiones perſonales quotuplices & quæ ſingularum vis 1.22.b
Conſuetudo quanto tempore, quot actibus & qualibus introducatur 1.26.b. an hic opus ſcientia ſuperioris 1.26.a
Contractus quid & quotuplex 2.577.a
Contractus μονόπλευροι & δίπλευροι, & medii generis 2.102.a
Contractus an in Teſtamento aut inter teſtandum celebrari queat. 1.321
Conventio, pactio ſive pactum in genere quid & quotuplex 2.92.a
Convitium quid. 2.282.b. an veritas convitii excuſet. ibid. An præfatio honoris 2.283.a
Correus, qui totum ſolvit, an eo nomine adverſus alios actionem habeat 2.129.a. Correi plures debendi aut credendi etiam citra ſtipulationem conſtitui poſſunt 2.129.a
Cretio nihil aliud olim fuit, quàm ſolennis aditio hæreditatis 1.467.b
Crimen pro criminatione 1.143.& 44.a.b
Culpa quid & quotuplex, plenius quàm vulgò 2.103 Culpa leviſſima 2.104.b. lata culpa in omnibus contractibus præſtatur & dolo comparatur. 2.105.a. qui contractus dolum tantum recipiunt, qui item culpam & diligentiam. ibid.105.b
Culpæ genera obiter diſtincta. 1.147.a
Curatoribus 1.121.& ſeq.

D.

Damnum injuriâ datum 2.271.a. Actionis legis Aquil. de damno dato qui teneantur, aut non teneantur 2.273.b. caput tertium L. Aquil. declaratur variis exemplis. 2.278
Dedititii quo jure fuerint. 1.40.b
Defenſio ſui adverſus vim illatam à natura eſt 1.13.b
Delegatio quid & quomodo fiat. 2.245.b. ad delegationem non pertinet l. ult. C. de Novat. 2.247.b

De-

Deliberandi jus quorum cauſa & cujus rei gratia comparatum, quis ejus effectus, & quid hîc de ſuo contulerit Juſtinianus 1. 463. etiam ſuos hæredes jure prætorio deliberandi facultatem habere. 1. 464

Delictum quid & quotuplex 2.149. a. an ſpecies συναλλάγματος 2.91.a

Demonſtratio falſa non vitiat legatum, niſi præterea quid aliud obſtet legato 1. 522

Deportationis & telegationis differentia 1.85.b

Depoſitum quid ſit, & an etiam conſiſtat in re immobili 2.107.a

Depoſitarius ad quid teneatur 2.188.a

Dies utiles & continui 2.78.a

Dies incertus quando conditionem facit in contractibus, & quid hic interſit inter legata & ſtipulationem 2.115.b. quid ſi dies apponatur finiendæ obligationis cauſa ibid. Effectus obligationis in diem 2.116.a. Efficientiæ diei adjecti in modum termini ad quem 2.117. b. quibus rebus differat ſtipulatio in ſingulos Annos à ſimili legato 2. 118.b

Dies certus inſtituti appoſitus pro ſupervacuo habetur 1.389. a. quid hic noſtris & Gallorum moribus 1. 389.b

Dies omnis incertus conditionem in teſtamento facit 1.390.a

Dies cœptus pro completo quando habeatur & contra 1.122.b

Directæ actiones an ſalvæ maneant adverſus adrogatum 2.79

Diſpoſitioni §. ult. Inſt. de fideic. hæred. quando locus 1.557. Gloſſema in fin. textus d. §. obſervarum 1. 557

Diviſionis beneficium non habere plures unius tutoris fidejuſſores: at ex perſona plurium tutorum actionem dividi 1.118.b

Dolus quid 1. 147.a. præſtatur in omnibus contractibus 2.101. b

Dominium quid, & quam large ea vox ſumatur. 1. 161.a

Dominii jure Gentium acquirendi modi ibid.

Dominiorum vetus diſcrimen, ejusque ſublatio. 1. 211. b

Donaria 1. 157. a

Donatio inter vivos abſoluta, eſt juris gentium 1.276 a. ſitne donatio modus acquirendi, an titulus. ibid. b. Donatio propria quid ſit & quid impropria. ibid. unde æſtimandum, an donatio ſit facta mortis cauſa 1.279. convenientia mortis cauſa donationis cum legatis ibid. diſcrepantia. ibid. Donatio inter vivos quomodo perficiatur 1. 281. a. An ex quovis pacto donationis cauſa interpoſito actio naſcatur 281. An ſimplex pactum donationis pareat actionem in rem ibid. quæ donationes inſinuationem non deſiderant 281. revocandi donationem qui quibus ex cauſis jus habeant, & an inter cauſas etiam ſupervenientia liberorum 1. 283. a. b

Donationes inter ſponſum & ſponſam quo ſenſu dicantur veteribus incognitæ 1.284 a. quid circa has conſtitutum 2.285. In Belgio proprie donationum propter nuptias uſum non eſſe 1. 286

Dotalis rei maritus verus juſtusque dominus eſt. 1. 288.b. an poteſt res mobiles, omnesque res æſtimato in dotem datas, alienare 289. Cur dotalis prædii oppigneratio arctius prohibita, quam alienatio 290. quantum hic mores noſtri diſſideant à jure ſcripto 290

Dotis repetitio olim, & qua ratione, & quid jam 2.365

De dotis æqualitate conſtitutio Juſtiniani repudiata 1. 364

Dupondio explero quantum ſine parte ſcriptus hæres habere debeat, ubi Hottomanni notabilis error 1.384.b

E.

EDictum perpetuum quid, & quid temporale 2. 334 b

Edictum ſucceſſorium 2.31.a

Emancipandi ratio vetus 1. 89

Emancipare idem quod mancipare 1. 317. Cur in omni mancipatione quinque teſtes adhibiti, quæſtio curioſa 1. 318.a

Emancipati cur capite minui dicantur, & an capite minui deſierint 1. 105.a

Emancipati ab adrogatione vivo patre naturali, jus liberorum recuperant; ſecus ſi poſt mortem ejus: & quid hic reſpectu patris adoptivi 2. 13. a, b

Emancipari ab adrogatione poſt mortem patris naturalis admittuntur ut cognati, non ut liberi 2. 15. a

Emancipati ſub colore quodam ſuitatis ad bonorum poſſeſſionem à prætore vocantur 1. 366. a. abſurdum non eſſe, quod filiæ emancipatæ jure prætorio meliore conditione fuerint, quam filiæ non emancipatæ jure civili ibid. b

Emendare actionem quid ſit, quid mutare 2 369. b quamdiu emendare aut mutare actionem liceat. ibid. praxis horum temporum 370

Emphyteuticus contractus 2. 197. a. Jus emphyteuticum non ex tempore æſtimari, ſed ex eo, quod actum eſt 2. 198. a. ſolo conſenſu jus emphyteuticum non transferri ibid. b. præſtatio canonis hujus contractus pars eſſentialis: quanto tempore canone non ſoluto emphyteuta jure ſuo cadit, & alia in foro agitata. ibid. b. quâ conditione Emphyteuta jus ſuum vendere, aut aliter alienari poſſit

ſit, & quid hic apud Batavos 199. contractum Emphyteuticum eſſe vetuſtiſſimum, & quid à Zenone acceperit 2.199.a
Emphyteuticus contractus & cenſualis quomodo differant 200.b. an ad ſubſtantiam contractus Emphyteutici ſcriptura neceſſaria 2. 199. b. An Emphyteutæ in caſu inſolitæ ſterilitatis remiſſio canonis præſtanda. 2.200
Emptio 2. 176. a. quando emptio perfecta intelligatur 2.177.a
Emptione perfecta ſive communi conſenſu recedi non poſſe, licet arrhæ intervenerint 2. 180. b. Quando res in hoc contractu deſinat eſſe integra. 2.179. b. Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in ſcriptis fiat. 2.180. Quando negotium, quod ſcriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur 2.180
Emptio & permutatio ac pretium 2.184.185.
Emptionis ſubſtantia ex pretio conſiſtit, quid inde 2. 182.b. quid, ſi pretium alieno arbitrio permiſſum ibid. arbitratoris manifeſta iniquitas corrigi poteſt officio judicis 2.185.b
Error conſenſui quando obſtet, aut non obſtet. 2.160. a. quid ſi non in ipſo corpore, ſed in materia erratum ibid.
Error matrimonium vitians, aut non vitians. 1.58. a.b
Exceptio quid & unde dicta 2.401. a. Exceptio in factum qualis & unde 2. 403. Exceptiones perpetuæ & temporales 406. Exceptio excusſionis, an dilatoria 406. Exceptio dilatoria propter diem, initio obligationi adjectum 407. b. Exceptio doli cur perpetua, cum actio de dolo temporalis 406. b
Exceptio diviſionis 2.407. & ordinis 2. 166.a
Exceptio non numeratæ pecuniæ fruſtrà poſt biennium objicitur, etiamſi debitor probare paratus ſit, pecuniam ſibi non numeratam eſſe 2.172.b. Uſus circa hanc exceptionem hodiernus 2. 173.b
Exceptio læſionis ex cauſa ætatis, qualis 2. 413
Exceptio procuratoria quotuplex 2. 408. ſolutionis 2. 407
Exceptiones in ſtrictis judiciis, quæ conteſtandæ, 2. 409.b
Exceptiones juris etiam non conteſtatas uſque ad ſententiam allegari poſſe 2.410.a
Exceptiones, quæ ad alios tranſeunt, aut non tranſeunt 2. 413. a
Exceptioni cedendarum actionum quando locus 2. 166. a
Exceptionis dilatoriæ genera, ratione objecti 2. 408.b
Exceptionum peremptoriarum uſus in bonæ fidei judiciis 2.409
Exceptionum dilatoriarum uſus 2.409. quibus exceptionibus uti liceat etiam in exceptione rei judicatæ 410. mores hodierni circa exceptionum uſum ibid.
Excuſatio tutorum intra quod tempus proponenda & conteſtanda 1.141.b
Exercitoria actio, & inſtitoria cui, adverſus quem, quâ de re detur 2. 375. Si plures exerceant, ſingulos in ſolidum teneri. ibid. quod tamen apud nos non receptum. ibid. Cum magiſtro & inſtitore etiam directo agi poſſe; at hoc in praxi non obtinere 375. a. exercitores non habent actionem adverſus contrahentes cum magiſtro 276. in contractibus cum præpoſitis ineundis diligenter obſervanda lex præpoſitionis ibid.
Exhæredare proprie quid ſit 1.357
Exhæredationis forma alia atque apud veteres, ratione ſexus, & gradus liberorum, prout nati aut adhuc naſcituri 356. ibid. & 364. novo jure in omnibus forma exhæredationis eadem. 1.369. a. jura autem ſuorum & emancipatorum minime confuſa 1. 370
Exhæredatio an extinguat jus ſuitatis 1. 409
Exhæredationem recte fieri, etiam ob cauſas non expreſſas Nov. 115. modo æque graves aut graviores 1. 437. a. b. an ſi exhæredatio facta ſit ſine elogio, teſtamentum hodie ſit ipſo jure nullum 1. 438. Exhæredationis vim etiam jure noviſſimo habet præteritio matris. ibid. ubi contraria repelluntur, addito jure patrio 1.439
Expromiſſor quid à fidejuſſore differat 1.214.a.b. 2. 161.a
Extranei hæredes quotuplici ſenſu dicantur 1.468.b
Extraneus manumiſſor, quis dicatur 2.73.a

F.

Facere poſſe quid ſit, & quid illud reo tribuat. 2.373. a. quibus rebus deductis id æſtimetur. ibid.
Faciendi obligatio cur incerta 2 124. b. quid quando ex ea peti poſſit. ibid.
Facta nuda & ſimplicia ab iis ſeparanda, quæ in rei alicujus præſtatione conſiſtunt 2.125. a.b
Factum alienum qui promittit, cur nec ſe nec alium obliget 2.140.b
Falcidiæ legis ferendæ occaſio 1.533
Falcidiæ appellatione veteres & quartam Senatus Conſulti intelligunt 1.427.a
Falcidiæ legis virtus, ad quæ vel ſtatim vel ſenſim producta 1. 535. Ratio leg. Falcid. quando in portionibus defectis habeatur 536 b. Circa deductionem Falcidiæ, in quantitate patrimonii exquirenda, mortis tempus ſpectari. 1. 537. b. quæ in bonis defuncti numerentur, cum de Falcidia quæſtio eſt 1. 539. An hæres, quod ſibi à defuncto

ĉto debetur, deducat. ibid. quibus caſibus Falcidia ceſſet. ibid.
Familiæ erciſcundæ judicium inter quos reddatur & quid contineat. 2.347.a
Familiæ emptor fiduciarius cur olim à teſtimonio teſtamentario remotus, hæres admiſſus. 1.331.a.b
Famoſa judicia civilia ex delicto aliquâ conditione concurrente. 2.430.b. ex contractu judicia famoſa. ibid. cur non omnia judicia bonæ fidei famoſa. ibid.
Famoſam non eſſe actionem, quod metus cauſa, neque interdicta neque conditiones. 2.430
Famoſi libelli quam varia pœna. 2.283.a. ſi inventor auctorem indicaverit. ibid. b. Pœna l. unic. C. de Fam. libellis, quando locum habeat. ibid.b
Fera non vulnerantis, ſed occupantis fit. 1.164.a
Ferum animal an manſuetum unde æſtimandum. 1.163.a. feras etiam in alieno fundo captas fieri capientium. ibid.b
Fideicommiſſa quandoque induci ſine verbis fideicommiſſorum propriis. 1.417.a
Fideicommiſſa vim obligandi non habuiſſe ante tempora Auguſti. 1.541.b. de fideicommiſſis extra ordinem jus dici ſolitum, & quorum ea juriſdictio. 542
Fideicommiſſaria hæreditatis petitio an recte numeretur inter actiones prætorias. 2.396
Fideicommiſſum etiam ex certo die recte dari 1.544 recte relinqui etiam ab hæredibus legitimis & honorariis. 1.555.b. An fideicommiſſum â legitimo hærede relictum, ſucceſſione, propter repudiationem primi gradus agnati, ad ſequentem devoluta debeatur. ibid.
Fideicommiſſum hæreditatis quis, cui â quo recte relinquatur. 1.544.a
Fideicommiſſorum natura laxior, quam legatorum, & quibus in rebus. 1.475
Fidejuſſor idem qui expromiſſor. 2.161.a
Fidejuſſoris obligatio eſt acceſſio principalis, 2.161
Fidejuſſor pro omni obligatione recte intervenit, excepta cauſa dotis, 2.162. etiam pro obligatione ex delicto quando civiliter agitur. ibid. quatenus in criminalibus accipiatur: 163. pro qua obligatione naturali interveniens obligetur. ibid. quid ſi obligatio ſit mere civilis. ibid. Circa obligationem plurium fidejuſſorum nihil mutatum jure novellarum. 2.165.a. obligatio plurium fidejuſſorum non dividitur ipſo jure, ſed ope exceptionis. 2.165.b
Fidejuſſor intenſive obligari poteſt, extenſive non poteſt. 2.167. acceptus in majorem quantitatem quam debetur, ne in debitam quidem obligatur. ibid. quid hodie. 2.168
Fiducia veteribus pignus & proprie hypotheca. 1.328.a
Filiofam. hærede inſtituto repudiante, utrum pater an ſubſtitutus admittendus. 1.399.a. pleræque aliæ ejusd. generis quæſtiones excuſſæ. 1.400.a.b
Filiorum appellatione an contineantur poſthumi, nepotes filiæ. 1.99.b
Filiusfam. quando hæredem ab inteſtato habere cœpit 2.33.b
Filiusfam. in publicis cauſis non ſequitur jus patris. 1.96.a
Filiusfam. ne de iis quidem bonis teſtari poteſt, quorum fructus patri non quæritur 1.350. An de his codicillos facere, aut mortis cauſa hæc donare ſine conſenſu patris 1.353.a
Finium regundorum inter quos, & cujus rei gratia agatur. 2.347
Flumina, portus, piſcatio, quo jure hodie cenſeantur 1.154.b
Fœminæ agnatæ, non conſanguineæ, quo ordine vocentur à prætore 2.27.b
Formulæ in actionibus in perſonam uſitatæ; & quali locus, cum agitur ex obligatione faciendi. 2.306.b
Forum commune eſſe locum domicilii. 2.299
Forum proprium quæ tribuant, & quid mutatum moribus. 2.300.a
Fratres Germani & uterini. 2.29.a.b
Fratrum filii, quando ſoli exiſtunt, utrum hæreditatem in capita, an in ſtirpes dividant. 2.49.a
Fructuaria locata, quid juris circa penſiones. 1.202.a
Fructuarii onera. 1.204.b
Fructuario quid tribuat tum jus utendi; tum fruendi. 1.238
Fructuarius an poſſideat. 1.306.b
Fructuarius poteſt jus, quod habet, alteri locare vendere, &c. 1.306
Fructuarius & colonus in quo diſcrepent, aut conveniant. 1.202.b
Fructus quid & quotuplex. 1.195.a. quando fructus percepti intelliguntur. 1.196
Fructus non fiunt fructuarii, niſi ipſe eos perceperit. 1.201.b
Fructus percipiendi jus non tranſire ad hæredem fructuarii, licet majore parte anni uſusfructus ſteterit. 1.201.
Frumentum ex ſpicis alienis excuſſum, manet ejus, cujus ſpicæ ſunt. 1.179.a. quid de vino & oleo, &c. expreſſo. ibid.
Furem non eſſe, niſi qui fraudulenter rem alienam contrectet. 2.251. non item, qui non lucrandi animo. ib. quid ſi urgente fama eſculenta ablata. ib.
Furioſus à mente capto quid diſtet. 1.120.a
Furta quam varie apud varios multata. 2.254.b

non pugnare cum juſtitia attributrice, quod interdum morte puniuntur 2.255.b
Furti actio quibus competat 2.266.b. Civilis an concurrat cum Criminali ibid. b. Etymon 2.252.a. inquirendi ratio vetus 2.254
Furtivâ condictione an hæres furis teneatur in ſolidum 2.267.a. b
Furtorum domeſticorum coërcitio vetus & hodierna 2.261. b. genera ibid.
Furtum manifeſtum 2.253.a. nec manifeſtum ib.a
Furtum non fieri ſine contrectatione, & quid inde: tum quis contrectare dicatur 2.250.b. fieri non intelligi, niſi ſit, qui poſſideat ibid. 2.251. a. per ſe & naturâ turpe eſt ibid. b. aliquo caſu facere non videri, qui ſciens rem alienam vendit 1.266.a
Furti actio datur ob Gallinam ſurreptam 1.167. a

G.

Genus quid ſit prudentibus, quid ſpecies, Generis legatum quando valeat 1.511. ubi utile eſt generis legatum, regulariter electionem non eſſe legatarii 512.a. Vetus inter genera legatorum circa poteſtatem eligendi differentia, ibid. An iſtius differentiæ adhuc ratio habenda 512. quibus caſibus electio ſit hæredibus, ubi teſtator id non expreſſit 513. Electionem non uſquequaque eſſe liberam & quid hic jure patrio ibid. b
Generationis vis in fœminis citius incipit, quâm in maribus 1.119.b
Gradus hæredum ex ſerie ſucceſſionis, à teſtatore factæ, æſtimandos 1.394.b
Graduum cognationis diſtinctionem cur noſſe oporteat, & cur ſeriem cognitionum Jure Conſ. gradus vocitent 2.54.b
Graduum dinumerationis diſcrimen inter jus Civile & Canonicum 1. 65. a. quâ ſerie gradus numerentur 2.54. a. b
Grege legato, etiamſi unica ovis tantum ſupetſit, eam legato cedere, & cur non idem in legato uſufructu gregis 1.151.a

H.

Habitatio quid 1.258.a. Habitatio tam vendi quàm locari poteſt ibid.b
Heres unde dictus 1.469.a
Heredes omnes apud nos voluntarii 1.453.b
Hereditas proprie quid ſit 1.310. a. quibus modis deferatur ibid.
Hereditas jacens diverſa conſideratione recte dicitur preſentare perſonam defuncti & perſonam heredis 1.378. in quibus hæreditas perſonæ vice fungi non poteſt 1.119. b
Hereditas in tot partes diſtribui poteſt, quod teſtator voluerit 1.380
Hereditatem olim qui & in quantum capere non potuerint 1. 374. b. qui & in quantum hodie heredes inſtitui non poſſint 375
Hoſtem occidere an liceat, poſtquam captus eſt 1.35
Hoſtium res veteribus eodem loco fuerunt, quo res nullius 1. 168.b. ager ex hoſtibus captus, cur publicus fiat ibid. b. & quid de mobilibus, tum olim tum hodie ibid.
Hypotheca vid. fiducia.
Hypothecaria, nomen commune, vid. pignoratitia.
Hypothecaria legatariis à Juſtiniano primum data: item de qua re, adverſus quos, ea competat 1.474

I.

Imperativa verba interdum vim habere precatiorum 1.562.a
Impubes pubertati proximus an obligetur naturaliter, ſine tutoris auctoritate contrahens 2. 150. & 2. 265. Cur non obligetur auctore patre 2. 151.b
In Jure & in judicio fieri, diverſa veteribus 1.298.b
Incertæ perſonæ cur olim non recte legaretur 1. 517. a. cur tale legatum ſolutum per errorem repeti non potuerit 1.517.b
Indebiti ſoluti condictio ut competat, quæ requirantur 2. 232. a. an error juris repetitioni ſemper obſtet. ib. obligatio indebiti per errorem ſoluti, ſitne ex vero, an quaſi ex contractu 2.233. a. Cauſæ, ex quibus indebitum errore ſolutum non repetitur, & cur id placeat 2. 235
Individuum, quot modis dicatur 1.53.b
Individua vitæ conſuetudo 1.54.a
Infans quamdiu quis habeatur, & gradus ætatis pupillatis 2.149. a. infantiæ proximus ibid. proximi pubertati, & an hi naturaliter ſine tutore obligentur 2.150.a
Ingenui quinam veteribus, & poſtea dicti, & quid proprie vox ingenuus 1.37.b
Ingenuitatis inter quos vertatur quæſtio 2.337.b
Injuriâ re quot modis fiat 2. 282. a. Injuriam factam an verbis licet repellere 2. 283
Injuria remiſſa, adhuc peti poſſe impenſas 2.290 b cur non diſſimulatione injuria aboleatur. 291.a an idem obtineat in reali injuria ib. plures ſpecies tacitæ remiſſionis ib. in actione injuriarum annus utilis an continuus, ex quo tempore recurrat. ib. Actio injuriarum ex L. Cornelia perpetua. ibid. levis & atrox injuria, unde æſtimetur. ibid.a

Injuriæ quæ pœnæ ex L. duodecim Tabb. 2.287. quæ ex edicto prætoris. ibid. b. Ex L. Cornelia. 2.288.a Actionem injuriæ ad palinodiam, civilem eſſe, non criminalem 2.289.b. In actione criminali pœnam extra ordinem conſtitui; Civili electa hanc conſumi & contra 2.290 a. Civiliter conventus actione injuriarum, quâ ratione infamiam effugiat ibid.
Injuriarum actio cur nec in hæredem, nec hæredi detur 2.399
In jus vocatio an pars judicii 2.432. b. Effecta in jus vocationis ibid.
In jus vocare quid ſit, & quid citare 2.433
Inſtituti ſine partibus ex æquis partibus ſuccedunt, quamvis teſtamento non facto, æqualiter ſucceſſuri fuiſſent 1.384
Inſtituti ex imparibus partibus, atque invicem ſubſtituti 1.397.a
Inſtitutio ſervi alieni ſuſtinetur ex perſona domini; proprii ex conſequentia libertatis 1.375. quid juris in ſervo communi ab uno è Dominis hærede inſtituto 375. quid ſi ſervus hæres inſtitutus à fructuario 376
Inſtitutionem hæredis multorum moribus ad ſubſtantiam teſtamenti non deſiderari 1.392.a
Inſtitutus ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re, quod bonorum omnium hæres fiat, id eſſe ex ſubtilitate juris 1.332.a
Inſula in mari cur raro naſcatur 1.172.a. Cur frequenter in flumine ibid. b. in flumine nata eſt vicinorum poſſeſſorum 1.173. b. non proprietate tantum, ſed etiam uſu. ibid. pro qua parte cuique vicinorum acquiratur 1.175. quo jure. ibid. quid hîc apud nos 1.175.a
Interdicta cur potiſſimum de poſſeſſione propoſita 2.414. quæ interdicta cauſam proprietatis aut quaſi contineant ibid.
Interdicta retinendæ & recuperandæ poſſeſſionis, etiam fructuario dari 2.421
Interdicta adipiſcendæ poſſeſſionis 2.417
Interdictorum diviſio à forma 2.415. Uti poſſidetis & utri ubi, vetus differentia, ejusque ſublatio, tum quid hic jus Canonicum & mores hodierni. 2.420.b
Interdictum quid ſit juxta veterem formulam & quid hodie 2.414
Interdictum quorum bonorum cui, adverſus quem competat, cui bono comparatum 2.417
Interdictum ſalvianum adverſus quos detur. 2.418 Affine huic interdicto remedium actio Serviana, & cur interdicto experiri utilius ibid.
Interdictum unde vi quatenus Canonibus extenſum: & de remedio canc. redintegrandæ, tum quomodo hîc apud Batavos procedatur 415
Interdictum unde vi quibus, quarum rerum nomine detur 2.424
Intereſſe, quâ ratione incertum 2.125.b
Interrogationis & reſponſionis congruentia unde æſtimanda 2.145. b. quid juris, ſi diverſitas verſetur circa rem aut quantitatem. ibid. quid ſi circa qualitatem 146.a
Inteſtabiles qui dicantur, & an aliquam habeant teſtamenti factionem 1.325.b
Inteſtato filio mortuo, peculium caſtrenſe quando & quo jure ad patrem pertineat 1.350
Inteſtatus quis dicatur, & an ea appellatio etiam ad pupillum, furioſum, &c. pertineat 2.2.a. Succeſſioni ab inteſtato, quando locus, teſtamento irrito facto 2.3.a
Inventarii beneficium 1.465.a. neglecti pœna. ibid. jus hodiernum circa adeundam ſub beneficio inventarii hæreditatem ibid.
Inventario non confecto an hæres amittat quartam Trebelliani; & an hæres teſtator hujus quartæ detractationem prohibere poſſit 1.551
Inventio ſpecies occupationis 1.169.a
Inundatio quid proprie, quæ ejus vis 1.176. b. Circa inundationes quid juris apud Hollandos ibid.
Irrita fieri quando dicantur teſtamenta 1.428
Iter quid ſit, quid eo contineatur 1.226 a
Judex ſecundum conſcientiam, an ſecundum acta & probata, judicare debeat 2.436
Judex per imperitiam male judicans, cur non æque ex delicto obligetur, ac medicus male curans, & circa hoc mores hodierni 2.292.a.b
Judex per ſe non competens poteſt ex accidenti competens fieri & quibus ex cauſis 2.300.b
Judicis & arbitri nomina, quam variè accipiantur. 2.302
Judices omnes ſecundum leges & mores judicare debere 2.436
Judicis officium in judicando 2.434. dolus quomodo puniatur 2.292.a
Jura captivitatis inter quos adhuc obſerventur, & quid circa hæc inter Chriſtianos 1.33.b
Jura prædiorum quo aſpectu ſervitutes dicantur. 1.224.a.b
Jure magiſtratus quæ competere dicantur, & quæ ſpecialiter tributa 1.112.a. illa mandata juriſdictione tranſire, hæc non item ibid.
Juris variæ ſignificationes 1.6. b. propria 1.8.a. quæ hic quadrat. ibid. præcepta tria 1.9.b. diviſio. ibid. publici nomen. 1.5.a. animalia, bruta, juris non ſunt capacia 1.12.a. & b
Juris accreſcendi inter plures in eundem uſumfructum conjunctos propria 1.251.a.b
Juris Æſdomici ratio & qualis ex eo jure ſucceſſio 2.51.b

Juris Civilis Batavici diſtinctio 1.27.a
Juris Conſultorum autoritas non fuit proprie νομοθετική. 1.25.a
Jurisdictionis verbum, latius ſumptum, etiam ad ſpecialiter conceſſa referri poſſe 1.113.a.b
Juris non ſcripti, quanta, & unde auctoritas 1.25.a
Juris Scabinici ratio, & quo fundamento nitatur 1.50 a
Jurisprudentia media quæ 1.17.b
Jurisprudentiæ ſubjectum, ejusque conſiderandi modus 1.7.a
Jurisprudentiæ veteris contra accuſationem Triboniani defenſio 1.28.a
Jus accreſcendi an teſtator prohibere poſſit 1.381.a
Jus Civile, in genere. 1.15.a
Jus gentium quid, & unde æſtimandum 1.15.a. ejus diſtinctio, in primævum & ſecundum 1.15.b. 1.17.a
Jus in definitione actionis quid ſignificet 2.298.a
Jus naturale, ſeu gentium primævum & immutabile. 1.29.a. eam immutabilitatem præcipue apparere in communibus notionibus 1.29.b
Jus perſonæ & ſtatus, ſive conditio, quomodo differant 1.31.a
Jus ſanguinis, quot modis dicatur 1.105.a.b
Jus vitæ & necis in ſervos, non omnes gentes uſurparunt 1.48.a
Jusjurandum calumniæ quid ſit 2.428
Jusjurandum advocatorum & procuratorum, in ſingulis cauſis, & circa hæc mores hodierni 2.428
Juſtitia non eſt potentia naturalis, ſed habitus 1.7.b
Juſtitiæ diſtinctio, in univerſalem & particularem. 1.6.a. an ea neceſſaria ib. Juſtitia particularis ejusq; ſpecies 1.7.b. Juſtitia commutativa non ſemper reſpicit proportionem arithmeticam, nec diſtributiva geometricam 1.5.b. Diſciplina civilis ſpectat etiam juſtitiam univerſalem 1.6.a

L.

LApis pro milliario & unde ea appellatio 1.141.b
Latini liberti quo jure fuerint 1.40.b
Legari quæ res poſſint, aut non poſſint 1.477. rem alienam legare nihil vetat ibid. quid juris, ſi res communis legata 478. Effectus legati rei alienæ. ibid. Legatum rei, commercio ſimpliciter exemptæ inutile, item jus, quæ ædibus junctæ ibid. b. quid, ſi res legata exempta commercio certæ perſonæ. 479. Quid ſi feudum legatum 480. Legatum rei alienæ niſi ſingulari conjectura adjuvetur, cur demum valeat, ſi teſtator ſciverit, alienam eſſe. ibid.
Legata ante hæredis inſtitutionem relicta, cur olim inutilia. 1.516
Legata & fideicommiſſa, à Juſtiniano primum exæquata 1.471. eis communia jure veteri 1.159
Legata relicta civitatibus, collegiis, pauperibus. 1.517.a
Legatarii & fideicommiſſarii, cur ad teſtimonia teſtamentaria admiſſi 1.332. divinatio quorundam circa hoc improbata ibid.
Legatarii & creditores, quatenus cum hærede agere poſſint, conſumpta portione reſtituta 1.554.a
Legati vindicationis & damnationis, differentia & ſublatio 1.473.b
Legatorum onus ad ſolum fideicommiſſarium pertinet 1.552. natura ſtricta & cancellis circumſcripta 1.475. genera 472
Legatum nominis, & quid eo contineatur 1.509. Legatum nominis extinguitur, ſi teſtatore vivo debitum exactum, aut ultro ſolutum. ib. admitti tamen probationem non mutatæ voluntatis ibid.
Legatum omnium bonorum uſusfructus an valeat, alio hærede poſt mortem legatarii inſtituto. 1.390 a. Legatum poſt mortem hæredis aut legatarii relictum, olim non valebat, in tempus mortis relictum contra, & cur tam varie 1.428
Legatum, quod debitor crediroris legat, quod debet non valet, niſi amplius ſit in legato, quàm in debito, & quot modis accidat, ut plus ſit in tali legato. 1.498.a
Legatum rei pignori obligatæ, legato rei alienæ ſimile 1.480
Legatum rei, quæ in rerum natura nondum eſt, an purum ſit, an conditionale 1.484.a
Legatum rei, quæ legatarii propria ſit, inutile nec convaleſcere, ea poſtea alienata 1.494
Legatum, unde dictum 1.471
Lege regiâ jus omne populi privative in Principem translatum 1.21.a
Lege Voconiâ mulieres hæredes inſtitui non potuiſſe 1.542. Accurata in hoc legis caput inquiſitio. ib.
Legem condere non poteſt populus, alterius imperio ſubjectus 1.14.b
Leges quibus comitiis, à quibus magiſtratibus latæ 1.19
Leges Furia, Voconia, Falcidia, quo ſenſu dicantur teſtatorum gratiâ latæ 1.534. hæredum potiſſimum cauſâ ib. quid à quo cautum ſingulis ibid.
Legis duodecim verba, uti quisque legaſſit ſuæ rei, expoſita 1.533.b
Legis varia ſignificatio 1.19.b
Legitimæ & quartæ Trebellianicæ deductio juxta c. Raiuutius 1.551
Leges Civiles conſuetudine contraria abrogari poſſe 1.30.a

Legitima portio quid 1. 447. actio hujus portionis num ad parentes quoque & fratres pertineat. ibid. an ut augeri & minui legitima poteſt, ita & in totum tolli ib. Si minus legitima relictum, quâ ratione, quod deeſt, petatur, novique & veteris juris differentia 1. 448. b. Actio ad ſuplementum, in quibus differat â querela ibid. Legitima hodie titulo inſtitutionis relinquenda 1.451.a
Legitimati an ad feudum admittantur 2.4.a
Legitimatio & ejus objectum 1.74.a. Legitimatio per oblationem curiæ uſu receſſit 1.74.b. Legitimatio per ſubſequens matrimonium ſine dotalibus inſtrumentis non procedit, ſecus jure canonico & moribus 1.75.a. Legitimatio per reſcriptum Principis 1.75.b
Lex Aquilia 2.271
Lex quando obligare incipit 1.18
Lex Voconia 2.27.b
Libertatis legatæ quis effectus 1.497.b
Liberorum appellatione omnes veniunt, qui ex nobis deſcendunt 1.99.b
Libertas directæ & fideicommiſſum datæ, differentia an ſublata 1.560
Libertàtis quæſtio inter quos vertatur 2.337.b
Libertini ingenuis exæquati & à quo 1.40.a.& b
Libertinus & libertus quid differant 1.38
Libertus centenarius 1.62.b
Limitati agri jus alluvionis non habent 1.170.b
Literæ olim chartæ, hodie charta literis cedit 1.192
Literarum obligatio 1. 141. a. an recte ſic appelletur 2.171.a
Litis conteſtatio quid ſit 2. 433. an aliquando à parte rei per affirmationem inducatur ib. ejus effecta. ibid.
Literas ſcire aut neſcire quid 1.136
Locatio & emptio unde quibusdam in caſibus dignoſcantur 2.200.b
Locatio quid & quotuplex, tum quæ res aut facta locationem recipiant 2. 191. b. locationis & emptionis communia 2. 193. b. in locatione operum diverſo reſpectu idem & locator & conductor dicitur 2.193.a. Singularia quædam circa locationes agrorum apud Batavos ib.194

M.

Macedonianum Senatus Conſultum 2.381.b
Mandatum quid 2 213.a Mandati variæ diviſiones 214.b quid differat à conſilio 2. 217.a. Conſilium tale inſtar mandati eſſe, ſi quis alieni ſuaſerit, ut pecuniam credat certæ perſonæ 2. 2 8. a. Mandati rei inhoneſtæ nullam eſſe actionem. 2. 218. b. De excedente fines mandati quædam non trita 219. Mandatum cur ſolvatur revocatione mandatoris 2.221. cur morte utriusque 2.222. An morte mandantis finiatur, cum mandavit quid fieri poſt mortem 2. 223. Caſus quibus mandatario poſt mortem mandantis implenti mandatum, actio datur 223. cur mandatum ſolvatur renunciatione mandatarii 223. a. Quid ſi intempeſtive renuntiet 2.224.a. Qualis culpa in mandati judicio veniat 214. Mandatum non vitiatur conſtitutione honorarii: nec datur tamen de ipſo honorario mandati actio 2.225.a
Manumiſſione ſervi alieni legati, hæres ita liberatur, ut nec æſtimationem debeat, & quid ſi res legata evicta 1.502. Quid ſi hæres proprium ſervum, à ſe legatum, ignorans manumiſit ibid.
Manumiſſionis ſpecies 1. 39. Manumiſſio vindicta ibid.
Mariti in bonis uxoris quæ moribus hodierni potetas 1.143.a
Materiæ dominium non amittit, cujus ex materia in alieno ſolo ædificatur 1.185.b
Materiæ dominus ædificans in alieno, quando proprietatem materiæ amittat 1. 188. a. Materiæ pretium qua ratione â poſſeſſore quà ratione ſervari queat 1.189 a
Matrimonia parentum cum liberis inceſtuoſa in ſummo gradu 1.61
Matrimonium in articulo mortis contractum, apud nos non procedit ſine diſpenſatione 1.75.b
Matris & avi materni præteritio vim exheredationis habet, etiam jure noviſſimo 1.372.b
Merces locationis an conſiſtat in alia re quam pecunia numerata 2.195.& 96.a.b
Miles etiam pro parte teſtatus decedere poteſt 1.382
Milites capite damnati an & quatenus jure militari teſtari poſſint 1.344 b
Militis teſtamentum an ſubjaceat querelæ inofficioſi 1.371
Militibus, teſtantibus in expeditione, remiſſa omnia, quæ ſubtilitatem magis, quam naturalem rationem habent 1,339. b. cauſa hujus privilegii ibid. in hibernis &c. locatos tale privilegium non habere 1.340.a
Militum privilegia circa directam ſubſtitutionem in caſum pupillarem 1.421.b
Minor 25. annis procurator idoneus alienæ litis 1. 45
Modi acquirendi jure Civili ſingulares 1.260
Mores hodierni circa capturam ferarum 1. 164.b
Muciana cautio & an ea quoque locum habeat in contractibus 1.120
Mulieres cur arceantur à teſtimoniis teſtamentariis 1,325.a

Mu-

Mutui etymon 2.99.a
Mutuum an ſit ſpecies alienationis 1.293.b. Mutuum non confirmari conſumptione facta mala fide 1. 294. Nummi quando conſumpti intelligantur 1. 294. Si malæ fide conſumpti, quæ tunc actio. 1.295
Mutuum quid 2.96. materia mutui ibid. Cur mutui datio tantum conſiſtat in rebus fungibilibus 2. 96.b. forma mutui propria 2.97.a. Singularia in mutuo recepta ibid. Finis & Effectus ibid. debitorem poſſe eam rem, quam mutuo accepit, in ſpecie reddere 2.97.b

N.

NAti ex concubina non magis, quam vulgo quæſiti, jus agnationis habent 2.45. nati ex damnato coitu omnis ſucceſſionis ſunt expertes ibid.
Naturales liberi quot modis dicantur. 1.74. a.1. 77.a
Naturalis omnis obligatio, ipſo jure, nudo conſenſu tollitur 2.248.a. item re integra & civiles nudi conſenſus & honoraria pignoris ibid.b
Navis levandæ cauſa quæ ejiciuntur, pro derelicto non haberi 1.219.b. circa res rejectas aut naufragio perditas quid juris tum olim tum hodie 1.220.a
Negotiorum geſtio quale factum 2.228.a. actio ex geſto directa cui datur, cui item contraria, quid utraque contineat ib. cujus culpæ nomine negotiorum geſtor teneatur ibid.b
Nepos ex filio naturali an per ſubſequens matrimonium avi, defuncto patre, fiat legitimus 1.74
Nepos poſt mortem avi conceptus & natus non poteſt avo ſuus hæres exiſtere 2.10. bonorum poſſeſſionem tanquam cognatus accipere 2.11.a
Nepotes ex diverſis filiis, etiam ubi ſoli ſunt in ſtirpes familiam ercifcere 2.8
Nomen quo effectu à creditore alienetur 2.303
Nominum propriorum differentia ſubtilius quam vulgo explicata 1.521. Error in nomine legatarii non vitiat legatum ibid. Error in nomine proprio rei legatæ non vitiat, in appellativo contra ibid. Quid ſi teſtator rem oculis ſubjectam alieno nomine appellaverit ibid.
Notarii publici an ſtipulando alteri acquirant, & quid juris hodie 2.142
Novatio quid, quæ in ea neceſſaria 2.244. Novationis effectus 245.b. quot modis novatio fiat ibid. b. Novatio quæ fit per litis conteſtationem, & quid differat à voluntaria 246.a. Novatio quando fieri intelligatur, ſi ab eodem debitore quis ſtipuletur ibid. quid circa novationem novo jure inductum ubi multa notabilia 2.247
Noxales actiones an recte inter arbitrarias numerentur 2.360
Noxa, noxia: noxæ dedere vid.
Nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi poſſunt 2.98.a. Aucto & diminuto nummorum valore eos reddi oportere ea æſtimatione, quæ eſt cum ſolvuntur 2.98.b
Nummos recte numerati inter res corporales. 1. 221.a
Nuptiæ comprivignorum licitæ 1.69.a
Nuptiæ fratrum & ſororum interdictæ, etiam jure divino & moraliter 1.64.a
Nuptiæ quatenus prohibitæ in linea transverſa inæquali: & an huic prohibitioni conſentanea lex divina 1.64. Nuptiæ conſobrinorum civili & divino jure licitæ, ſecus jure Canonico 1.65. Nuptiarum prohibitio inter affines lineæ rectæ 1.66. lineæ transverſæ 1.66.b. inter affines transverſæ lineæ interdictæ Levit.18. an moralia 1.67.b.
Nuptiarum perfectio nihil præter legitimum conſenſum deſiderat 1.52.a

O.

OBligatio quæ nominibus contrahebatur 1.172.a
Obligatio naturalis nudo conſenſu tollitur 2. 248.a
Obligationes quæ re contrahi dicuntur 2.95.a.b
Obligationum cauſæ ordinariæ, & extraordinariæ 2.92
Obligationum ſumma diviſio 2.87 b. Obligatio naturalis 2.87. Obligationes naturales non omnes eundem effectum jure Civili habere & quæ qualem habeant. 2.88. Obligatio mere Civilis. 2.89. Obligatio mixta ibid.
Officium jus dicentis aliud, quam officium judicis & in quibus utrumque conſiſtat 2.435
Oleum vid. Frumentum.
Operæ ſervorum vix eſt, ut ſervitutibus perſonalibus annumerentur 1.238
Optionis & electionis legatum idem eſſe. 1.514.b differre à legato generis & alternativo ibid. optionis legatum habuiſſe olim conditionem, cohærentem perſonæ legatarii 1.315.a
Orcini liberti, & num quid juris in eos familiæ 1. 560
Orficiano Senatus Conſ. filius & filia ad matris ſucceſſionem vocantur, non item nepos, & neptis ad ſuc-

ſucceſſionem aviæ: quod poſtea mutatum. 2.40. Ex eodem ad matris ſucceſſionem admittuntur & ſpurii 2.41. Quid moribus hic receptum 2.42
Ordinis beneficium quale ſit,& quid quibus tribuat 2.165.non pertinet ad fidejuſſores judiciales. ibid.

P.

PActa hodie etiam actionem parere juxta ſcita Jur. Canon. 2. 94
Pactum de quota litis cur probatum 2.126.b.
Pactum nudum quid,& cur ex eo jure civili non detur actio 2.92 b.pacta legitima & in continenti adjecta 2.93.a. in continenti adjecta an inſint ex parte actoris in contractibus ſtricti juris ibid. a
Pœna conſtituta in eos qui plus quovis modo petunt 2.366
Pœnæ nomine legare quid ſit 1.529. Cur tale legatum veteribus improbatum ibid. Cur probatum Juſtiniano ibid.
Pœnæ ſtipulatione incertitudine obligationis occurri 2. 125. b. an per ſubjectam pœnalem ſtipulationem præcedens obligatio novetur 2.125.b
Pœnalem ſtipulationem valere, quamvis inutili ſubjecta ſit 2.157.pœnam committi etiam ei, cujus nihil intereſt 158.Pœna debetur, quantacunque promiſſa ibid. Quoties ſtipulantis intereſt,alteri dare, ſtipulatio alteri facta valet ibid.
Partum ancillæ cur placeat in fructu non eſſe.1.103.a
Parentibus quo jure alimenta debeantur 1.13
Pater quo jure olim,ut pater,ſucceſſerit filio 2.34.a
Patria poteſtas quo ſenſu propria civium Romanorum 1. 55.a. qualis ea olim, poſtea & hodie. 1.84. & 85.
Patricii genere ſemper à plebeiis diſtincti non ordine 1.10.a
Patricii qui olim, qui poſtea dicti 1 21
Patris jura quibus modis apud nos ſolvantur 1.91.b
Patroni & parentis manumiſſoris comparatio 1.89.b
Patroni,Parentes &c.ſine venia in jus vocari non poſſunt: item hujus juris ratio,& circa mores hodierni 2.134.& 35.a.b
Patronos L. XII. Tabb.non alio jure cenſuit, quam agnatorum 2.61
Patronum ab adoptivis excludi cur magis iniquum viſum,quam patrem,fratrem, &c. 2.61.b
Pavones & columbæ omnes generis feri 1.166.b
Peculio legato, quod vivo teſtatore accedit vel decedit,cujus lucro vel damno ſit 1. 507. Quid ſi poſt mortem teſtatoris ibid.
Peculia pagano adventitio cum caſtrenſi communia 1.351
Peculium filiifam.quid ſit,quot ejus ſpecies, & quid ſingulæ. 1. 300. adventitii peculii proprietas primum quibusdam in bonis, poſtremo generaliter filiofam.conceſſa,uſufructu patri relicto 1. 300.b. quibus caſibus plena hic proprietas filio acquiratur:& quid circa hæc moribus noſtris &Gallorum 301
Pecuniæ appellatione res omnes continentur. 1.225 & 22.
Pecuniæ ſignatæ uſus perantiquus 2.158.a
Permutationis incommoda 2.184.a
Periculum & commodum rei venditæ ad quem pertineat emptione perfecta 2.187.b.Quid juris apud nos ex Conſtitutione Carol V. 2. 189.b
Petitoris in actione reſciſſoria intentio 2. 321.b
Picturæ cur tabulam cedere placeat 1.193.a.Domino tabulæ adverſus pictorem quomodo ſuccurratur 1.194.a. in concurſu adverſus tertium poſſeſſorem uter præferendus ibid.b
Pigneraritia actio quando naſcatur 2.110 a.quid differat à hypothecaria ibid. ad quid creditor pigneratitius teneatur 190
Pignora in vicem ſatisdationis quando admittatur 1. 128.a
Pignoris varia ſignificata 2.109.a.pignus contrahi ſola conventione ibid.b
Pignoris vendendi formam à Juſtiniano præſcriptam hodie non obſervari 2. 293. Etiam cum convenit, ut pignus diſtrahere liceat , unam ſaltem denuntiationem requiri 1.292.& quid juris ſi ſolutio ſuo die non facta ibid.
Pignus inter & hypothecam nihil intereſſe, quantum ad actionem hypothecariam 2.327.b. inter pignus & hypothecam quid proprie interſit ſecundum uſum juris 2.328.a
Pignus perſequenti Creditori,quarum rerum probatio incumbat 2.325
Piſcandi jus in flumine quo ſenſu dicatur commune 1.154.a
Piſces in alieno ſtagno capti cujus ſint 1.163.b
Portus vid. flumina.
Poſthumi alieni ſervus cur recte inſtitui heres potuerit ipſe non potuerit 1.378
Poteſtatem quam Dominus in re ſua habet,Lege Civili poſſe reſtringi 1.51.b
Poſthumi qui proprie dicantur , & qui improprie ſeu quaſi poſthumi 1 364.a. Qui ex his agnaſcendo,qui ſuccedendo teſtamentum rumpant. 1.365. Cur nepti quaſi poſthumæ plus tributum olim , quam filiæ 1 364. Jus antiquum circa inſtitutionem & exheredationem poſthumorum 1. 364. Quid Gallus circa nepotis poſthumi inſtitutionem

nem introduxerit ibid. quid Lex Velleja 1.365
Poſthumi ſimiles incertis perſonis 1.518. b. Poſthumi ſui & alieni ibid. Poſthumus alienus quo ſenſu dicatur olim hæres inſtitui potuiſſe 1.520.a
Poſthumorum appellatione venire omnes liberos naſcituros 1.99.b
Poſtliminio reverſus quando quis intelligatur. 1.87. b. quæ res poſtliminio recipiantur : & quid juris hodie 1.88.a. Origo vocis poſtliminii 1 88.b
Poſſidere quid ſit in argumento uſucapionis 1.271.a Poſſeſſionem legitimi temporis, ad uſucapionem definiti continuam requiri 1. 271. a. Poſſeſſionis interruptio ejusque effectus ibid. etiam alienæ poſſeſſionis acceſſione uti licere ad implendam uſucapionem 1. 271. b. Poſſeſſionem juſtam defuncti prodeſſe hæredi etiam ſcienti rem alienam eſſe, injuſtam nocere etiam ignoranti ibid.
Poſſeſſionis acceſſione auctoris ſui quando ſucceſſor particularis utatur 1.274.a
Poſſeſſio cur per extraneam perſonam acquiri poſſit, jus aliquod non poſſit 1.307.a. per conſequentiam adeptæ poſſeſſionis etiam dominium nobis acquiri ibid.b. vel conditionem uſucapiendi, ſed demum poſtquam ſcientia intervenit ibid.
Poſſeſſio rerum hæreditariarum nec ſuis hæredibus continuatur 25.b
Poſſidere quid proprie ſit 2. 421. b. Vetus controverſia circa retentionem & amiſſionem poſſeſſionis, quæ à Juſtiniano ſublata 422. etiam ſolo animo poſſeſſionem retineri. ibid. ad acquirendam poſſeſſionem & animo opus eſſe & ſimul aliquo actu corporali ibid. quibus modis poſſeſſio amittatur 423
Poſſidere pro hærede prove poſſeſſore quis dicatur in interdicto quorum bonorum , & alia nonnulla ſcitu digna 2.417
Poſſeſſor bon. fid. fructus perceptos ſuos facit. 1.199 conſumptos lucratur , extantes omnes reſtituit, ibid. Praxis & ratio hujus juris 1.200,b
Poſſeſſor bon. fid. quis ſit 1.196. quid ſi poſtea cognoverit rem alienam eſſe 1.197.b
Poſſeſſor bon. fid. qui in alieno ædificavit, qua ratione pretium materiæ & expenſas conſequatur. 1. 188.b. quid juris in mal. fid. poſſeſſore 1.189.b
Poſſeſſor bon. fid. an domino ſervum vindicanti reſtituere debeat , quid ex operis ſervi paratum extat 1.306.a
Poſſeſſor mal. fid. nullos fructus percipiendo ſuos facit, aut conſumendo lucratur 1.200
Poſſeſſores prædiorum provincialium quale jus olim habuerint 1.212.a
Poteſtatis vocabulum in magiſtratu 1.134.b
Prædia eorumque jura cum effectu juris conſiderata, numquam loco diſtinguuntur 1.129.b
Præjudicialis actio quid , quotuplex & unde ſic appellatur 2.337. a. cur actionibus in rem numeretur ibid.
Prælegatum dotis jure antiquo ſemper plus habuit, quam dotis obligatio 1.500. an idem adhuc jure novo 501
Præſcriptio non currit adverſus agere non valentem 2.321.a
Præſcriptio moratoria & aliæ dilatoriæ 2.407
Præſcriptio quadriennii fiſcalis nec olim cognita , nec Canonibus aut moribus recepta 1.275.b
Præſumptio duplex pro inſtrumento 2.156.a. & 153.a
Præterita filia & nepotibus in poteſtate exiſtentibus, quid olim juris 1.359 quid præteritis poſthumis. 1. 362. quid præteritis emancipatis 1.366. quid præteritis adoptatis 367. quid novi circa hæc introduxerit Juſtinianus 370
Præteritis à patre liberis , an legata beneficio novæ legis conſerventur 1.440
Prætei ito filio qui in poteſtate eſt, teſtamentum jure civili nullum eſſe, unde quatuor conſectaria 1.358. an tale teſtamentum prorſus inutile etiam jure - Prætorio 1,360
Prætextatus ſermo 2.284
Prætor circa ſucceſſiones ab inteſtato quomodo jus vetus emendarit 2.169.a
Prætor hæredem facere cur non poſſit 2. 70
Prætori unde , & qualis condendi juris poteſtas 1. 23. b
Proceſſus judiciarii partes 2. 432.b
Princeps quatenus de bonis ſubditorum diſponere poteſt 1.85
Principes an & quatenus legibus ſoluti 1.434
Privilegiorum uſus raro tam in ſtatu democratico , quam in Monarchico 1.23.a
Probatio negativæ, arctatæ loco & tempore 2.53.b
Procuratoris officium & poteſtas maxime hodie. 2. 389. Procuratorem de cujus mandato conſtat , non cavere de rato ibid.
Procuratorum diſtinctio vulgata, in ſimplices & cum libera late improbatur 1.215.a.b
Prodigus qui facto talis, an is demum, cui ſimul interdicta rerum adminiſtratio 1.125.a. non poteſt teſtamentum facere 1. 355
Promittens metu licet coactus , obligatur & quare.
Profanum quid & unde dictum 1.158.a
Provincialium qui vectigales , qui ſtipendiarii. 1. 213.a
Pubertas in maſculis ex annis etiam olim æſtimata. 1. 118, a

Pu-

Puberum minorum 25. Ann. obligatio 2.151.b
Publicianæ actionis introducendæ cauſa 2. 32. a. cur ut competat publiciana neceſſe ſit rem traditam eſſe, & an aliquando competat re nondum tradita 2.318. An & de rebus incorporalibus, ubi & de bon.fide. ibid, an etiam vero Domino detur & an cum rei vindicatione cumulari queat. ibid. cur requiratur ut poſſeſſio amiſſa ſit, & amiſſa cauſa 319. quæ ſit & qualis in hac actione petitoris intentio ib. adverſus quem detur, quid ei obſtet: tum quis ejus exitus ibid.
Pupillariter ſubſtituere pater non poteſt, multo minus mater liberis emancipatis 1.403. nec nepoti in poteſtate conſtituto quem pater antecedit. 404. An ut valeat ſubſtitutio pupillaris, ſufficiat liberos in poteſtate eſſe tempore mortis ibid. Vulgari caſu expreſſo etiam pupillarem contineri 405. An ex converſo ibid.
Pupillo in quem ſolutio collata, recte ſolvi 1.296. Debitorem, pupillo ſine tutoris auctoritate ſolventem, non liberari licet dominium transferat ibid.
Pupillus aut minor non reſtituitur beneficio ætatis adverſus ſolutionem factam ſecundum Conſtit. Juſtin. 1. 298. quid ſi nummos ita ſolutos ſalvos habeat ibid. ſi pecunia quam pupillus ſine tutoris auctoritate credidit, perierit, utilius futura ſit jactura 1.299

Q.

Quarta D. Pii totorum bonorum, an portionis ab inteſtato debitæ quarta pars ſit, & num etiam hæc aucta 1. 80.
Querela cur etiam parentibus detur, & quibus quando 1. 441. quando ſtatim poſt liberos ad querelam admittantur parentes, contra rationem juris videri. ib. An jure noviſſimo fratres cum parentibus ad querelam admittendi 443. a. An fratres uterini cum conſanguineis debeant concurrere ibid.b
Querela inofficioſi teſtamenti quando liberis exhæredatis aut præteritis neceſſaria 1.436. a. quando poſthumis 444
Querela inofficioſi, utrum ſit actio, an petitio, ſive remedium aliquod ab actione ſeparatum 1.439
Querela non datur iis, qui alio jure venire poſſunt. 1. 444. Parenti manumiſſori cur detur, cum contra Tabb. petere poſſit 445
Querelæ inofficioſi cur colorem dementiæ veteres prætexuerint, & num idem adhuc hodie 1.441
Querelæ inofficioſi renuntiare videri, qui judicium defuncti agnoſcit, cum collatione juris veteris & novi 1.449. & 50
Quaſi contractus quid ſit 1. 226. obligationem ex quaſi contractu non eſſe ex tacita conventione ib. Tacitum cum ficto, expreſſum cum vero perperam confundi ibid.
Quaſi ex contractu hæres legatariis propriè obligatur, non creditoribus hæreditariis 2.231.a
Quaſi maleficium quid 2.291.b

R.

Rapinæ pœna, 2. 268. Pœna rapinæ, quæ privatis applicatur, &c. exolevit 2.270.a
Recipere quid, 2. 329. Actionis receptitiæ & conſtitutoriæ diſcrimen ibid.
Regula quod ſemel utiliter conſtitutum eſt, durat, licet ille caſus extiterit, unde incipere non potuit, quando locum habet & quando contraria 2.354
Regulæ; neminem poſſe rogari, ut plus reſtituat, quam ipſe cepit, declaratio 1.559
Reipublicæ cauſa qui abeſſe dicantur, & quæ horum peculiaria 1.134.a
Religionis locus ut fiat, quæ neceſſaria 1.159.b
Remedium L. ult. Cod de Edict. D. Hadr. toll.
Reorum duorum debendi & promittendi 2.127
Rerum immobilium translatio quid jure Batavorum deſideret 1.214.b
Rerum communium uſus omnibus competit 1.152. quatenus harum rerum quid occupari, quo effectu poſſit 1.153 b. quatenus differant ab his, quæ nullius ſunt, communi uſui non attributa 1.153.a
Res omnes aut in bonis noſtris ſunt, aut extra bona, tertium genus non datur 1.151.a.b
Res ſacræ & perſonæ conſecrantis 1.157.b
Reſcindentis & reſciſſorii judicii commercium 2. 321.a
Reſcripta contra jus elicita, & preces ſub & obreptitiæ 1.23.a
Reſtitutio adverſus eum, qui abſens uſucepit rem in civitate manentis ubi & alia 2. 320. b. adverſus eum qui præſens, rem abſentis uſucepit 2.322.a
Reſtitutio adverſus uſucapionem an detur ex ſola cauſa ignorantiæ 2.322.a
Reſtitutio & reſciſſio ex edicto, quæ in fraud. Cred. 2.325.b
Retentio rei dotalis, quibus ex cauſis marito olim conceſſa, & quid poſteà hic novi 2. 371. retentio extra cauſam dotis ibid.

Reus

Reus quid & unde dictus, 2.126. a. Duo rei ſtipulandi qui, 2.127. Duo rei promittendi, ibid. Duo rei non aliter nunc fiunt, quàm ſi id ſpecialiter actum, 2.177. b. jure noviſſimo iis competere beneficium diviſionis, non tamen in foro mercatorum, 2.128. a, ſolutione aliove modo, qui vice ſolutionis fit, promiſſore ab uno è reis credendi liberato, totam tolli obligationem, ibid. b. Uno è duobus reis promittendi ſolvente, &c. omnes liberari, 2. 129
Ripa quid ſit 1.155.b
Ripæ non ſequuntur conditionem fluminis, ut litora maris, 1.154.a
Roma olim commune forum, 2.299

S.

Sabiniano Senatus conſulto quid cautum 2.18
Sacra privata 1.158.b
Sancti appellatio quàm latè pateat. 1.160.a. inter ſancta an rectè portæ numerentur, ibid.
Satisdatio tutorum apud nos qualis, & nonnulla alia 1. 118. a
Satisdationum modus & uſus hodiernus 2. 395
Satisfacere & ſolvere, item fidejubere & expromittere quando differant, 1.214.a
Scriptura non pertinet ad eſſentiam legis 1.18.a
Senatusconſulti Macedoniani ſcopus, 2.381.b
Senatus Conſ. Trebelliano, quæ commoda cauſam dederint, 1.546. quæ Senatus Conſ. Pegaſiano, 1. 547. Hoc Senatus Conſ. vim legis falcidiæ productam ad fideicommiſſa hæreditatis 547. diſcrimen legis & Senatus Conſ. circa res, quæ imputantur, 548. hæres qui ultro totum, quod rogatus eſt, reſtituerit, an ſolus onera ſubeat ex Pegaſiano, 1. 548. caput Senatus Conſ. de cogendo volentem adire. 1.549
Senatus juris condendi poteſtatem quando & undè acceperit 1. 20.b
Senatus Conſulto Tertull. matri ter aut quater enixæ liberorum delata legitima hæreditas, 2.35.b. Qui matri prælati ex Senatus Conſulto, 2.36.b. jus novum circa matris legitimam ſucceſſionem liberorum, vulgo quæſitorum, 2.40.a
Sententia ſine certa quantitate prolata cur non valeat 2, 363 ſententiæ certitudo unde metienda, ibid. etiam in petitione incerta certam deberi ferri ſententiam 364. quibus caſibus certa ſententia ferri nequeat ibid.
Sententiæ nullius momenti, quæ licet injuſtæ, valeant, quid circa hæc in Belgio 2.435
Sepulchra privata antiquorum & hodierna 1.158. a.b.
Servi quomodo à Dominis tractandi 1.50.51
Servi pœnæ qui 1.86. a. Servitus pœnæ ſublata. ibid.
Servi in his regionibus nulli 1.34.a
Servi cur etiam nobis ignorantibus & invitis acquîrant 1.303. cur hic excipiatur hæreditas. ibid. An poſſeſſio per ſervum domino ignoranti acquiratur ex quacunque cauſa 303.a
Servitus quo ſenſu dicatur contra naturam eſſe. 1. 32. voluntaria in ſervitutem datio 1.35.a
Servitus prædii quid ſit, quid ea requirat 1.214.a
Servitutes prædiorum omnes perpetuam cauſam habere debent 1.225.a
Servitutes altius non tollendi luminum & ne luminibus officiatur an differant 1, 232. Aquæ hauſtus, pecoris ad aquam appulſus an inter ſervitutes prædiorum rectè numerentur 1.234
Servitus communi prædio ab uno neque conſtitui nec acquiri poteſt 1.235.a. ad conſtituendam ſervitutem non ſufficit ſola pactio ibid. b. ultima voluntate conſtituitur ipſo jure 1. 236. per uſum ac poſſeſſionem noſtram quomodo capiatur 237. quibus modis amittatur 1.237
Servitutes ſtillicidiorum & fluminum 1.230. jus altius tollendi ſitne ſervitus ibid.
Servitus tigni immittendi & oneris ferendi ſunt diſtinctæ, item projiciendi & protegendi 1.230.a
Servitutum perſonalium ſpecies 1.238.a
Servo proprio hærede inſtituto, quis circa acquirendam hæreditatem effectus 1. 377. quid circa idem ſervo inſtituto alieno ibid.
Servo hæredis cur purè inutiliter legetur 1.525. cur domino hæredis utiliter ibid.
Servo alieno qui paterfam. credebatur inſtituto, hæreditas dividitur inter ſubſtitutum ſervi & dominum 1.401.b
Servus fructuarius cui acquirat, ſi dicat ſe domino proprietatis accipere ex re fructuarii 1 304. Servus fructuarius contemplatione fructuarii hæres inſtitutus, juſſu fructuarii hæreditatem adire debet. 305
Servus proprius ſimpliciter tutor datus, directo liber fit 1.96 b
Seſtertius & ſeſtertium an idem valeant 2.62.b.a
Societas quid, quarum rerum, quando & quomodo 2. 204. a. ſpecies ſocietatis ſubjectis diſtinctæ ibidem. Univerſorum bonorum ſocietas, & ejus effecta 2.205. inter conjuges moribus Belgii, ibid. quæ bona communicentur, ſi ſocietas ſimpliciter coita

coita ſit ibid. b. Si de partibus ſocietatis nihil convenerit, partes in lucro & damno æquales eſſe. 2. 206. a. Si partes expreſſæ hæ ſervandæ, qualiscunque collatio ſit ibid. b. Notabilia quædam circa caſum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur. 2. 207. Quid ſi convenerit ut unus ſit lucri particeps, damni immunis 2. 208. a. Si in una tantum cauſa, puta in lucro pars expreſſa in altera eadem ſervari debet 2. 209. Societas, unius è ſociis renunciatione, ſolvitur ibid. Quibus ex factis renunciatio tacite arguitur. 2. 210. a. Malitioſa renunciatio quatenus cui noceat. ibid. a.

Societatem ſolvi etiam morte unius è pluribus, & quo id pertineat 2. 410. b. ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio ſocietatis exigatur 212

Solennitates quatenus quibus in teſtamentis paganorum remiſſæ. 1. 322. quatenus jure Canonum & multorum moribus ibid.

Solutio quid proprie 2. 238. Aliud pro alio invito creditori ſolvi non poſſe 238. b. exceptione hujus regulæ ib. & juſtam ſolutionem requiri, ut ſolvatur ſimul & ſemel totum, quod debetur 2. 238. Licere unicuique pro debitore ſolvere, etiam ignorante & invito. 2. 239. b. quid ſi creditor ſolutionem ab alio oblatam recuſet accipere? & quid ſi alius pro emphyteuta canonis ſolutionem offerat. 2. 240. a. fidejuſſore pro reo ſimpliciter ſolvente utrum ipſo jure reus liberetur, an per exceptionem 2. 240. a. b

Sortis judicium apud veteres frequens 1. 516. a

Species vid. Genus.

Species nova non acquiritur facienti, niſi eam fecerit ſuo nomine & bona fide 1. 178. a

Specificatio pertinet ad modos acquirendi per occupationem 1. 177. a. circa ſpecificationem Proculi & Sabini diſſenſus 178. media ſententia qua ratione nitatur ibid.

Sponſalia, eorum genera & effectus 1. 54. a

Sponſores, vades. prædes 2. 161. b

Spurii an pro turpibus perſonis habendi 1. 443. b

Status controverſiam quis pati dicatur 1. 137. b

Statuta qui, qua conditione condere poſſunt 1. 14. b

Stipendium & tributum an differant 1. 113. a

Stipulatio quid ſit, 2. 110. a. ſtipulationum uſus quam varius. 2. 110. b. ſtipulatio non habet certam & determinatam naturam 2. 111. b. ſtipulationis vera originatio 2. 112. b. Ad ſubſtantiam ſtipulationis quæ adhuc requirantur 2. 113. a. Moribus hodiernis ſtipulationum & pactorum jura confundi. 2. 114. Ex pura ſtipulatione ſtatim agi poteſt 114

Stipulatio non valet, in quam res deducta, quæ non eſt, nec unquam fuit, ubi de hippocentauris 2. 136. a. quid ſi deducta ſit res, quæ eſſe deſiit ibid. quid ſi non ſit in commercio 2. 138. a. quid ſi ſtipulator ſciat non eſſe in commercio 2. 138. quid ſi ille ignoret, promiſſor ſciat ibid. Quando ſtipulatio utilis earum rerum, quæ ſecundum quid extra commercium 2. 138. b. De ſtipulatione rei ſuæ 2. 139. b. ſtipulatio extinguitur in caſum decta, unde incipere non potuit 2. 139. b. an ex contrario iterum reſtituatur ibid. res commercio exempta, nec ſub conditione, in ſtipulatum recte deducitur ibid. b. ſtipulatio in alium collocata, quid tribuat ſtipulatori 2. 143. a. Quid adjecto ſolutionis cauſa ibid. Quid permittat promiſſori ibid. Quid ſi adjectus ſtatum mutaverit ibid. b. Quid juris ſi quis ſibi conjunctim & alteri ſtipuletur 2. 144. a

Stipulatio poſt mortem ſtipulatoris aut promiſſoris aut in ante diem mortis concepta cur olim inutilis 2. 154. a. Qua ratione jus vetus mutatum ibid. b. ſtipulatio præpoſtera 2. 154. poſt mortem alterius concepta, aut in tempus mortis reorum. ibid. Quid interſit utrum plures res conjunctim an disjunctim in ſtipulationem deductæ 2. 156. b

Stipulationes & obligationes ad hoc comparatæ, ut unusquisque acquirat ſibi: qui alii ſtipulatur nihil agit. 2. 142. & 157. quæ hic cautiones adhibendæ. 2. 142. quibus in cauſis admiſſum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur. ibid. b

Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis. 1. 551. partis pro parte ibid. cur hæ ſtipulationes captioſæ 1. 551

Stipulationes rem pupilli ſalvam fore, rem ratam haberi, & duplæ, an recte dicantur communes 2. 134. 135

Stipulationum judicialium uſus 2. 133. exempla harum ſtipulationum, ibid. ſtipulationes prætoriæ unde cognoſcantur, earum uſus & exempla. 2. 135. b. Quibus in cauſis locus ædilitiis ibid. diſtinctio ſtipulationum judicialium & prætoriarum ad uſum fori accommodata 2. 134. a

Subſidiaria actio quando pupillis detur adverſus magiſtratus 1. 130. qui magiſtratus ea actione teneantur, & an hodie adhuc in uſu ibid. 131

Subſtitutio vulgaris in ſuo hærede non operatur, in caſum impotentiæ ſed noluntatis 1. 396. a

Subſtitutio pupillaris unde dicta, & quo aſpectu ſubſtitutio 1. 402

Subſtitutio pupillaris extinguitur anno quartodecimo completo. 1. 420. a. Si longius tempus comprehenſum, an ſubſtitutio valeat jure fidei-

com-

commiſſi 1. 410. b. an ad cauſam fideicommiſſi trahatur ſubſtitutio à pubertate incipiens ibid. a. Apud Batavos ſubſtitutioni pupillari non eſt locus, & quid de exemplari 1. 412. a
Subſtitutio exemplaris quo conſilio introducta. 1. 409. Quid juris ſi utetque parens exemplariter ſubſtituat. 410. ſubſtitutio exemplaris an ad mutos quoque & ſurdos porrigenda ibid. Etiam impuberibus mente captis qui in poteſtate ſunt, recte exemplariter ſubſtitui ibid. Si plures ſint mente capti liberi vel fratres, poſſe vel unum ex his ſubſtitui 411. An & exhæredatis exemplariter recte ſubſtituatur ibid. An ſubſtitutio exemplaris per reſipiſcentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo 411. b
Subſtitutionis verbum, quam varie uſurpetur 1. 395. a Subſtitutionis diviſio in directam & fideicommiſſariam ibid. Subſtitutionis nomine ſimpliciter poſito intelligi directam, & perfecta hujus definitio ibid. Subſtitutionem in Codicillis factam ſuſtineri in vim fideicommiſſi 1. 394. b
Subſtitutionis pupillaris exhæredato facta formula 1. 414. à ſubſtituto filii exhæredati patrem legare non poſſe ſicut nec ab ipſo exhæredato ibid.
Subſtitutionis pupillaris formula generali, ſoli vocati intelliguntur, qui hæredes nominatim ſcripti. 1. 419. ex eadem formula ſoli veniunt, qui patri hæredes extiterunt ibid. Alius ejusdem formulæ affectus ibid. b
Subſtitutus ſubſtituto intelligitur etiam Subſtitutus inſtituto 1. 398
Subſtitutus pupillo quando vi formulæ vulgaris admittatur 1. 406. quando vi formulæ pupillaris. ibid
Subſtitutus pupillaris excludit hæredes omnes legitimos, etiam matrem 1. 407. etiam quoad legitimam ibid. Idem in pupillari tacita 408
Succedere in capita quid ſit, quid in ſtirpes 2. 8. a
Succedendi ab inteſtato ratio ex jure noviſſimo, ſucceſſio liberorum 2. 47. ſucceſſio parentum. 2. 48. Succeſſio collateralium ibid.
Succedendi ab inteſtato ratio apud Batavos 2. 51
Succeſſioni in legitimis hæreditatibus cur olim non eſſet locus 2. 32. a. Cur Juſtinianus admiſerit. ibid. Quid ſit quid dicitur, ſucceſſionem non eſſe in ſuis hæredibus: & num id mutatum ibid.
Succeſſionis in ſtirpes uſus initio tantum inter ſuos hæredes fuit: tum hujus ſucceſſionis ratio. 2 7. b. Quatenus procedente tempore extenſa ibid. 8. a. cur in ea proximior ulteriorem non excludat ibid. ad ſucceſſionem inteſtati qui deſcendentium lege 12. Tabb. & à prætore vocentur 2. 19. a. Juris veteris derogatio qua ratione & an ſufficienti nitatur 2. 20. Quatenus primum L. Cod. Theod. dein l. ult. C. de ſuis & legit. lib. juri veteri derogatum & alia non trita ibid.
Sui hæredes qui dicantur 1. 455. a. ratio hujus nominis, & quædam alia non paſſim obvia. 455. b. Altera horum hæredum qualitas, ſcilicet neceſſitas & quid ea operetur. 457. Prætor jus ſuitatis non ſuſtulit, dato beneficio abſtinendi, ſed neceſſitatem ibid.
Surdi & muti pro hærede gerere poſſunt 1. 469. quid ſi hæreditas delata infanti aut furioſo ibid.
Surdos & mutos natura in militiam legi non poſſe. 1. 343. a
Suſpectum recte poſtulari etiam apud eum, cui mandata jurisdictio 1. 144
Suos hæredes, ſub alia conditione inſtitui non poſſe, quam quæ ſit in eorum poteſtate 1. 387
Suus hæres an quis exiſtere poſſit quo tempore inſpiciendum 2. 9
Suus hæres accepto vulgari ſubſtituto, ex neceſſario fit voluntarius, ſalva qualitate ſui hæredis. 1. 395. b

T.

Teſtamentum annulo duntaxat ſignare licuerit, an & alio inſtrumento 1. 323. b
Teſtamenti factio quotuplex 1. 325. b
Teſtamenta non notis, ſed litteris ſcribenda, 1. 334. a
Teſtamenti ſcripti, 1. 318. a. mixti ex prætorio & civili formâ, 1. 320. a. in Teſtamento ſcripto non exigi, ut teſtis intelligat ſermonem teſtatoris 1. 321.
Singularia in Teſtamento cœci 1. 365
Teſtamenti factionem cur filiifamil. non habuerint, 1. 349. Cur ne patre quidem conſentiente potuerint teſtari, & quid hic de Codicillis & mortis cauſa donatione. 1. 350. circa hæc mores noſtri, 1. 351
Teſtamento patris non ſubſiſtente & filii nullum eſſe, 1. 417. Ideo patrem prius ſibi debere teſtamentum facere ibid. Teſtamento patris per querelam reſciſſo pupillarem ſubſtitutionem concidere, & cur non item bonorum poſſeſſione cont. Tabb. 417. quid juris hic jure noviſſimo ibid.
Teſtamento ſcripto cum nuncupativo communia, 1. 326. a. diſcrepantia ibid.
Teſtamentum factum juxta ſtatutum aut conſuetudinem alicujus loci, an etiam vim habeat extra illum locum 1. 337
Teſtamentum unius in plures Codices referri po-

poteſt, an & teſtamenta plurium in Codicem unum 1.335.a.b
Teſtamentum à pagano non ritè factum, ſi is poſteà militare cœpit, an id jure militiæ valeat, ſine nova voluntate in caſtris declarata 1.345
Teſtamentum in procinctu, 1.316. Calatis comitiis, 315. per æs & libram, 316. quando hæc in uſu eſſe deſierit 317
Teſtamenti forma Prætorii 1.318
Teſtamentum anteà factum, cur furor poſteà incidens, non vitiet, capitis deminutio vitiet, 1.354
Teſtamentum ut conſiſtat, quænam in perſona teſtantis requirantur 1.348
Teſtamentum apud hoſtes factum, jure poſtliminii non convaleſcere, 356. quid hîc juris hodiè, 1.356. & 357
Teſtamentum in genere quid, 1.311.b. aliæ teſtamenti deſcriptiones examinatæ, 1.313.a. alluſiva & vera teſtamenti notatio, 1.312. genera Teſtamentorum, 1.312.a.b
Teſtamenti factio ſitne juris gentium an juris Civilis, 1.312.b. liberam teſtandi poteſtatem apud multos non eſſe, nec apud nos de feudis 1.313.b
Teſtamentum ruptum nativitate poſthumi præteriti, eo ante patrem mortuo, vires recipere, 1.429. Teſtamenti poſterioris cancellatione reſtitui prius, cujus tabulæ integræ, 1.430. differentia circa reſtitutionem teſtamenti irriti facti maxima aut media capitis deminutione & arrogatione. ibid. Teſtamentum ritè factum nudâ contrariâ voluntate non infirmari, quamvis coram ſeptem teſtibus declarata. 1.431.b. Quid juris ſit cauſa adjecta, quia volo decedere inteſtatus. ibid. Cur ne novi quidem teſtamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat, 1.432. temperamenta hujus doctrinæ ibid.
Teſtamentum quot modis rumpatur, 1.423. Teſtamento deleto inciſo, &c. utrum fiſco deferatur hæreditas, an venientibus ab inteſtato, 324. An jura de inciſione, inductione, &c. agentia pertineant etiam ad teſtamenta nuncupativa & de quibus inſtrumentum conficitur, ut nunc moris eſt, 1.325. cur prius teſtamentum rumpatur per poſterius, etiam Tabulis integris manentibus, ibid. etiamſi non revocetur, ibid. Quid juris, ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogantem, 425. Quid, ſi ex poſteriore nemo hæres extiterit, 426. Teſtamentum deſtitutum ibid.
Teſtandi facultatem natura non habere, quem natura voce & auditu privavit, 1.343.a. Quid de his, qui caſu muti aut ſurdi facti, notata ſimul oſcitantia compoſitorum. ibid. Quid hic jure communi 1.353.b
Teſtandi forma in his regionibus 1.337
Teſtandi facultatem capite damnati olim amittebant, an poſtea ab eo jure receſſum 1.348
Teſtandi jure militari privilegium, etiam noſtri temporis, militibus competit 1.347
Teſtato pro parte & inteſtato nemo decedere poteſt, & quam rationem id habeat, 1.381.b. circa idem mores hodierni 383
Teſtatoris voluntas declaratâ teſtamento minus ſolenni an obliget in foro conſcientiæ 1.321
Teſtes ad Teſtamentum adhiberi non poſſunt, muti, ſurdi, cœci 1.324.& 25
Teſtis in teſtamento eſſe non poteſt, qui eſt in poteſtate teſtatoris, & quid de filio emancipato, 1.329. An pater in teſtamento filii poſt miſſionem teſtantis de caſtrenſi peculio rectè teſtis adhibeatur, ibid. teſtes domeſtici cur reprobentur, & quid hîc teſtimonium domeſticum ibid. b
Teſtis an rectè adhibeatur hæredis pater, in cujus poteſtate non eſt, aut filius hæredis emancipatus, 1.331
Teſtibus in teſtamento militis ſcripto opus non eſſe, 1, 341. quot teſtes à milite per nuncupationem teſtante adhibendi, 342. An rogatio teſtium militi neceſſaria ibid.
Teſtium conditio tempore teſtamenti ſpectanda, 1.326. idem juris & in habilitate putativa, 327. quid, ſi quis è teſtibus ante apertas tabulas moriatur, ibid.
Theſauri varia ſignificata, 1.205.a. inventus in loco proprio, acquiritur inventori, ibid. etiam in loco ſacro & religioſo, 1.207. in alieno inventus, pro dimidio inventoris fit, pro altero dimidio conceditur domino, 1.207. ratio hujus juris, 208. quid juris hodiè, ibid.
Tigni appellatio quàm latè pateat 1.187
Traditio vera & ficta, 1.208. citra traditionem dominia jure gentium non transferri, 1.209. An ad transferendum dominium requiratur vacuæ poſſeſſionis traditio, 1.210. Traditione non transferri dominium, niſi juſta cauſa præceſſerit, ſaltem opinione tradentis, 211. Diſſentio in cauſis tradendi an & quando impediat dominii tranſlationem, ibid.
Triboniani collectiones minime neceſſariæ 2.17.a
Triboniani duplex error animadverſus, 1.138.a.1.429
Triboniani teſtimonium de nudorum corporum inſpectione ſuſpectum 1.119.a b
Tutela in abſtracto comparata eſt juris gentium, in

in concreto juris Civilis 1. 116. Tutelæ affectatæ, 1. 135
Tutela legitima minima capitis deminutione non amplius tollitur 1.101.a.ejus vix apud nos uſus: & quid moris ceſſante teſtamentaria ibid.b
Tutelæ legitimæ ſpecies 1. 107. a. Agnatorum 1.108. a. patronorum 1. 107. parentum 1. 108. fiduciaria ibid.
Tutelæ definitio explicata 1. 92. b. ſpecies tutelæ 1. 93. b. Tutela an munus publicum 1. 133.a
Tutelam moribus hodiernis pubertate non finiri, 1. 119.b. 1. 122
Tutor an jure datus ſit, quibus ex rebus æſtimandum 1. 94. b. qui, quibus teſtamento tutores dare poſſunt ibid. Tutoris à patre dati confirmatio, quid differat à dato à matre vel extraneo 1. 95. b. Tutores confirmati pro teſtamentariis habendi. ibid. Tutorum genera apud nos, ibid.
Tutor à magiſtratu non dari poteſt minor 25. Annis 1. 97. non poteſt dari ad certam rem, ſecus apud nos 98.b
Tutor præter dolum & culpam præſtat, ſed levem duntaxat 1.229
Tutor ob culpam latam remotus an fiat infamis, & quid moribus noſtris 1.147
Tutor interdum à Magiſtratu datur impuberi ad adeundam hæreditatem 1. 111. a. ratio cogendi tutores ad tutelam ſuſcipiendam ibid. Tutores dati, qui excuſari volunt, non debent appellare 1.140
Tutores quando & quoties apud nos rationem reddant 1.114.a
Tutoris gubernatio quibus in rebus conſiſtat, 1. 115. quibus in rebus neceſſaria aut ſupervacua tutoris auctoritas, ibid. Auctoritatis interponendæ modus. 117
Tutoris unius ex pluribus ſatisdationi non obnoxiis, provocatione cæteros ſatisdationi ſubjici, & quis ordo in tutelæ adminiſtratione uni committenda. 1.129

V.

Vectigal navigantibus qui jure imponant. 1. 153.b
Venditor an præciſe teneatur rem tradere. 2.178.a
Venditor levem duntaxat, non etiam leviſſimam culpam præſtat, niſi cuſtodiam in ſe receperit 2. 190.a. Quarum rerum venditio recte fiat 2. 192.a. Quid juris ſi uterque vel alteruter qualitatem rei neſciverit ibid.
Venia ætatis quando, qua conditione & à quo concedatur, & cur citius fœminis, quam maſculis, ubi & mos de moribus patriæ 1. 122.b
Veritas plus valet, quam opinio, interdum contra, & quando 1.495
Verborum obligationibus 2.110. & ſeq.
Victus victori in expenſas &c. damnandus 2.428
Via quid ſit, quid contineat, & quibus rebus differat ab actu 1.227.
Vindicare qui rem inſtituit, eum adhuc interdicto agere poſſe, & de judicii petitorii cum poſſeſſorio cumulatione 2.419.b
Vindicare quid, lis vindiciarum, vindiciæ & alia 2. 341. a
Vinum vid. Frumentum.
Violentiæ varia genera 2.268.a
Vitium actoris ſucceſſori neque prodeſt neque nocet 1.274
Vitium poſſeſſionis quomodo purgetur 1.268.b
Unio prolium in Germania 1.76
Univerſitatis res quæ, & quantum in his juris ſingulis 1.156
Univerſitas non titulum acquirendi, ſed rem quæ acquiritur, ſignificat 1. 309.a. modi acquirendi per univerſitatem 309. b. Species acquiſitionis per univerſitatem apud nos receptæ 310.b
Uſuarius etiam ex fructibus induſtrialibus ſumere poteſt, & qua conditione 1.254.a. modus utendi, & quam large aliquando cum uſuario agatur, ibid. b. quarum partium fundi poſſeſſio quodammodo penes uſuarium 295. non poteſt utendam aliis locare aut vendere ibid.
Uſuarius non prohibetur, dum ipſe inhabitet partem ædium, quam non occupat alteri locare 1. 256. a.b
Uſucapionis & præſcriptionis vetus differentia, 1. 260. in perſona uſucapientis quæ neceſſaria & de bona fide, 261. de juſto titulo, ibid. Cur prædia provincialia uſucapi non poterant, 1.263. Quæ res uſucapionem non recipiunt, 263. Error falſæ cauſæ obſtat uſucapioni 1.270
Uſucapionis tempora an apud nos obſerventur, 1. 262. Juris de uſucapione conſtituti ratio 1. 263
Uſus quid ſit, quid uti quæ onera uſuarii, 1.252. quid inter uſum & uſumfructum interſit, tum in conſtituendo, tum in amittendo, 1.253 a
Uſus ſervorum, 1. 257. jumentorum, ibid. pecorum, ibid.
Uſusfructus in rebus fungibilibus conſtitui non poteſt. 1.244.a. in hoc rerum numero non ſunt veſtimenta, ibid.
Uſusfructus amittitur non utendo per modum conſtitutum, 1. 248. quanto tempore non utendo amit-

mittatur, 1.248. An olim ſicut adrogatione ita & adoptione & emancipatione perierit, 1.247. extraneo ceſſus ad proprietatem revertitur, 1.249. cur mutatione rei extinguatur, 1.250. Quando res mutata aut non mutata intelligatur 1.251

Uſusfructus quibus modis conſtituatur, 1.243. teſtamento conſtitui ipſo jure, inter vivos pactionibus, ſed ſi ſequatur traditio, 1.243. quid in definitione uſusfructus verbo juris ſignificetur, 1.239. Quid ſibi velint verba ſublato corpore, 240. Uſumfructum formalem ſemper eſſe in re aliena, & quo ſenſu dicatur pars dominii 1.241.a

Uſusfructus definitione non contineri colonum creditorum ἀντιχρηθεὶς, 1.239. a. neque maritum hæredem fiduciarium emphyteutam, ibid. b. Quid in definitione ſibi velit ſalva rerum ſubſtantia, 1.241.a.b

FINIS.

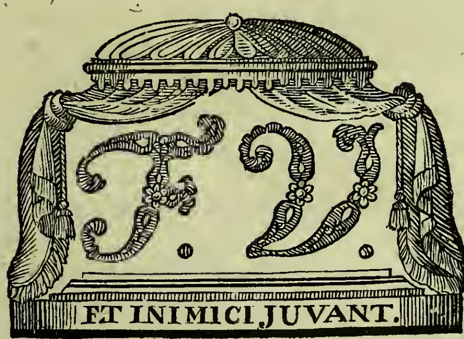
ARNOLDI VINNII J.C.
SELECTARUM JURIS
QUÆSTIONUM
LIBRI DUO

QUIBUS

INTRICATISSIMÆ JURIS MATERIÆ
HACTENUS NON VENTILATÆ OMNIBUS LEGUM
ROM. CANDIDATIS UTILISSIMÆ CLARISSIME
ENODANTUR.

EDITIO NOVA

A MULTIS MENDIS CORRECTA.



FRANCOFURTI AD MOENUM.
APUD FRANCISCUM VARRENTRAPP.
MDCCXXXIII.

SYLLABUS CAPITUM
LIBRI I.

CAPUT I.

AN ſine exceptione quicquid contra legem fit, ſit ipſo jure nullum? Fol. 1
II. *Leges interpretari ſitne ſolius Principis, an vero & quo caſu etiam privatorum?* 3
III. *Utrum dare bonorum poſſeſſionem, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, mixto imperio, an juriſdictioni adſcribenda?* 5
IV. *An prorogatio juriſdictionis de loco ad locum & de tempore ad tempus, ex ratione juris noſtri defendi queat?* 7
V. *In jus vocatio an ſit pars judicii propriè dicti?* 10
VI. *An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri proſit aut noceat?* 11
VII. *Si unius debiti plura ſint chirographa apud creditorem, an unius redditione cenſeatur obligatio remiſſa?* 13
VIII. *An de controverſiis ex teſtamento ortis recte tranſigatur non inſpectis teſtamenti verbis, & quid hic ſtatuendum de pactione gratuita?* 15
IX. *An vulgaris diſtinctio procuratoris univerſorum bonorum in ſimplicem & cum libera, ex ratione juris noſtri defendi poſſit?* 17
X. *An recte interpretes ſtatuant, reſtitutionem in integrum eſſe remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire judicium, reſcindens, & reſciſſorium?* 18
XI. *Quale ſit beneficium reſtitutionis in integrum, reale an perſonale, & an fidejuſſoribus quoque proſit?* 20
XII. *An dolus dans cauſam contractui bonæ fidei, eum reddat ipſo jure nullum?* 23
XIII. *An minori* 25. *annis Doctori juris, ſi captus ſit, concedenda in integrum reſtitutio?* 26
XIV. *An ſi inſtitutus beneficio ætatis contra additionem hereditatis reſtitutus ſit, convaleſcat ſubſtitutio?* 27
XV. *An* auth. Sacramenta puberum. C. ſi adv. vend: *pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipſo jure?* 29
XVI. *Utrum unum tantum, an duo ſint genera arbitrorum ſimilitudinem judicum habentium?* 30
XVII. *An litis conteſtatio aliter, quam negative ex parte rei fieri poſſit?* 32

XVIII. *An in controverſiis de poſſeſſione aut rei proprietate ſolus locus rei ſitæ ſit forum competens, an vero & locus domicilii rei?* 33
XIX. *An querela inofficioſi teſtamenti ſit ſpecies petitionis hereditatis?* 35
XX. *An in querela inofficioſi locus ſit edicto ſucceſſorio?* 36
XXI. *An liberi juſte exheredati connumerentur in computatione legitimæ, ſeu an cæteris partem faciant?* 38
XXII. *Legitima ſitne bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat ullum gravamen?* 41
XXIII. *Petitio hereditatis an detur contra poſſidentem titulo ſigulari?* 42
XXIV. *An ei, qui non poſſidet, actio aliqua jure prodita ſit, qua conſequatur impenſas in rem alienam factas?* 43
XXV. *An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes, tam naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos faciat?* 47
XXVI. *An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes, quos percepit, domino rem ſuam vindicanti reſtituere teneatur?* 50
XXVII. *An ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?* 52
XXVIII. *Uſusfructus ſitne dividuus, an individuus?* 54
XXIX. *An teſtator poſſit fructuario remittere cautionis fructuariæ partem, quæ eſt de re finito uſufructu reſtituenda?* 56
XXX. *An in argumento de ſervitutibus prædiorum ſola ædificia ad uſum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?* 57
XXXI. *An in præſcriptione ſervitutum ſemper opus ſit titulo?* 58
XXXII. *An quæ ſervitutes prædiorum pignori dari poſſint?* 61
XXXIII. *An is, in cujus ædibus incendium ortum eſt, teneatur lege Aquilia ad reſarciendum damnum vicinis inde allatum; & an inquilinus ex locato locatori?* 62
XXXIV. *An actiones finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo* 30. *annorum præſcriptione tollantur? & an longi temporis præſcriptio* 10 *vel* 20. *annorum hic procedat bonæ fidei poſſeſſori?* 64
XXXV. *Quomodo inter fratres inſtituto familiæ erciſcundæ judicio dividenda hæreditas?* 66
XXXVI. *An ad res dividendas etiam actione pro ſocio agi poſſit, nimirum inter eos, quorum res communis eſt ex cauſa ſocietatis?* 68
XXXVII. *An actio negotiorum geſtorum electivè concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciſcundæ?* 71
XXXVIII. *An in judicio familiæ erciſcundæ condemnatio & abſolutio facienda in perſonis omnium?* 73
XXXIX. *Ad quodnam tempus referenda ſit rei debitæ æſtimatio, ſi ea creverit, aut decreverit?* 74

XL. *An*

XL. *An ſi convenerit, ut pecuniam, quam mihi èx alia cauſa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?* 77

XLI. *An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ poſt biennium opponere poſſit, onus probandi in ſe ſuſcipiens?* 80

XLII. *An jusjurand. judiciale recuſari poſſit delatum ab actore qui nihil probavit?* 83

XLIII. *An jusjurandum neceſſarium ſive ſuppletorium judex deferre ex officio teneatur? & an remitti, vel referri, aut recuſari poſſit?* 85

XLIV. *Quando & quibus in cauſis à judice deferri poſſit aut debeat jusjurandum neceſſarium ſeu ſuppletorium?* 87

XLV. *An judex poſſit ab initio modum ſtatuere jurijurando in litem: & an ex cauſa poſſit id non ſequi vel à principio non deferre?* 89

XLVI. *An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præſcriptis verbis, & condictio ob cauſam dati?* 91

XLVII. *An etiam ejus, quod errore juris indebitum ſolutum eſt, repetitio detur?* 93

XLVIII. *An mulier ex quavis cauſa etiam extra judicium efficaciter renuntiet ſenatus-conſulto Velljano?* 96

XLIX. *An etiam id, quod natura debetur, in compenſationem veniat?* 98

L. *An reus compenſationem ex cauſa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, non audiendus ſit?* 101

LI. *An depoſitarius propter impenſas neceſſarias retinere depoſitum poſſit?* 103

LII. *An præter dolum etiam culpam, & quam præſtet procurator ſeu mandatarius?* 104

LIII. *An pactum de inæqualibus lucri & damni partibus inter ſocios valeat ubi æqualis eſt operæ & pecuniæ collatio?* 105

LIV. *An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo ſit?* 106

LV. *An in emptorem hereditatis tranſeat jus accreſcendi?* 108

LVI. *An beneficium* l. 2. Cod. de reſcend. vend. *competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?* 111

LVII. *An locus ſit beneficio* l. 2. Cod. de reſc. vend. *in transactione?* 112

SYLLABUS CAPITUM LIBRI II.

CAPUT I.

SI *conductor caſus fortuitos in ſe ſuſceperit, an id quoque ad caſus inſolitos pertineat?* 115

II *An emphyteuta donatione vel permutatione alienare poſſit emphyteuſin inconſulto domino?* 117

III. *An dominus fundi emphyteutici, poſt elapſum tempus canonem recipiens, videatur renuntiaſſe caducitati?* 119

IV. *An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?* 121

V. *An hypotheca conſtituta in rebus per beneficium* l. 2. C. de reſc. vend. *avocatis, extinguatur.* 123

VI. *An juri offerendi debiti luendique pignoris præſcribatur longiſſimo tempore, ſeu 30. aut 40. annis?* 126
VII *An ἀντίχρησις ſit ſpecies pignoris, & an aliqua ſit antichreſis tacita?* 128
VIII. *An & quando evictioni ſit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato?* 130
IX. *An & quomodo fœnus differat ab uſura?* 131
X. *An & quatenus mora debitoris noceat fidejuſſori?* 133
XI. *An ſolæ quæſtiones facti ſint objectum probationis?* 136
XII. *An factum negantis, quatenus negat, ulla ſit per rerum naturam probatio?* 137
XIII *An quo jure licitum ſit leviri aut gloris filiam neptemve uxorem ducere?* 139
XIV. *An quævis filia à quibuſvis parentibus dotanda, & ex profeſſo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti?* 142
XV. *An promiſſo donationis cauſa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamſi traditio ſecuta non ſit?* 144
XVI. *An cum teſtator prohibuit inventarii confectionem, etiam neceſſitas reddendarum rationum tutori vel curatori remiſſa intelligatur?* 147
XVII. *Utrum imperfecta parentum inter liberos diſpoſitio valeat jure teſtamenti, an verò tantum ut voluntas ultima inteſtati?* 149
XVIII. *An verbis nuncupata parentum diſpoſitio inter liberos ex privilegio valeat?* 152
XIX. *An teſtamentum juxta ſtatuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis ſolemnitas?* 153
XX. *An liberis ſuis heredibus præteritis à patre totum teſtamentum ſit ipſo jure nullum, etiam hodie poſt Nov. 115. c. 3.* 155
XXI. *Utrum ſi exheredatio facta ſit ſine elogio, teſtamentum ex* Nov. 115. *nullum ſit, an jure adhuc ſubſiſtat, & ad illud reſcindendum querela ſit opus?* 157
XXII. *An jus accreſcendi in hereditatibus cum aliquo effectu à teſtatore prohiberi queat?* 159
XXIII. *Quando conditio ſubſtitutionis vulgaris filio ſuo heredi à patre factæ extitiſſe intelligatur, ut ſubſtituto fiat locus. Et an jus ſuitatis per hujuſmodi ſubſtitutionem tollatur?* 163
XXIV. *An quemadmodum quod explorati juris eſt, ſub expreſſa ſubſtitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converſo ſub expreſſa pupillari etiam contineatur vulgaris?* 165
XXV. *An legatum in alterius arbitrium recte conferatur?* 167
XXVI *Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, ſi quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?* 169
XXVII. *An unquam error in nomine legatarii reive legatæ aut falſa demonſtratio vitiet legatum?* 171
XXVIII. *An heres ob omiſſam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant, & an ex eadem cauſa amittat legitimam?* 173
XXIX. *Filius hereditatem reſtituere rogatus, quo jure duplici deductione utatur, & quid hic uſu receptum?* 176
XXX. *Utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in ſtirpes, an in capita ſuccedant?* 177
XXXI. *An in ſucceſſione fratrum conſanguineorum & uterinorum diſcretio bonorum obſervanda & obiter, an obſervanda in ſucceſſione adſcendentium?* 182
XXXII. *An juſta ſit cauſa revocandæ donationis, ſi donator poſt factam donationem liberos ſuſceperit?* 184
XXXIII *An per querelam inofficioſæ donationis revocetur tota donatio?* 186
XXXIV. *An pro mortis cauſa donatione haberi debeat, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam, ſe nullo modo revocaturum donationem?* 189
XXXV. *An diſſenſio in cauſis dandi & accipiendi impediat dominii tranſlationem?* 190
XXXVI *Poſſitne dari plena poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies omnes complectatur, & quænam ſint iſtæ ſpecies?* 193
XXXVII. *An in eo, quod intereſt, æſtimando etiam lucri ratio habeatur?* 196
XXXVIII. *Num in taxatione ejus, quod intereſt, id omne, quod actor conſequi potuit, nec conſecutus eſt, ſine exceptione æſtimetur?* 198
XXXIX. *An interdictum ſeu judicium poſſeſſorium recte cumuletur cum petitorio ſeu rei vindicatione?* 200
XL. *Exceptio diviſionis qualis ſit, & quando proponenda?* 203
XLI. *An fidejuſſor ad certum tempus acceptus eo tempore elapſo obligatus maneat, & quomodo?* 206
XLII. *An prorogatio termini ſolutionis liberet fidejuſſorem?* 208

ARNOLDI

ARNOLDI VINNII, JC.

SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM LIBER I.

CAPUT I.

An ſine exceptione, quicquid contra legem fit, ſit ipſo jure nullum?

QUICQUID contra legem fit, id pro infecto haberi & ipſo jure nullum eſſe, jubent Impp. in *l. non dubium.* 5. *C. de legib.* Igitur verbi cauſa, ſi filiusfam, ſine conſenſu patris uxorem duxerit, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur. *§. ſi adverſus* 12. *Inſt. de nupt.* Si in teſtamento faciendo ea, quæ ad juris ſolemnitatem pertinent, omiſſa fuerint, deficit jure teſtamentum. *l.* 1. *ff. de injuſt. rupt teſtam. l. ſi unus.* 12. *C. de teſt.* Si pater filium, quem in poteſtate habet, præterierit, id eſt, neque heredem inſtituerit, neque ut oportet, exheredaverit, teſtamentum prorſus inutile eſt & nullius momenti. *Inſt. de exher. lib. in pr. l. propen. ff. de lib. & poſth.* Si tutores aut curatores prædia pupillorum aut adultorum ſine decreto alienaverint, caſſa eſt atque ipſo jure nulla alienatio *tit. C. de præd. min. ſin. decr. non alien.* Sed & ſi quid factum eſt, non quidem adverſus expreſſam legis prohibitionem, verùm contra mentem ejus & ſententiam, etiamſi lex id verbis non expreſſerit, placet nihilominus actum ipſo jure eſſe invalidum & nullum *d. l. non dubium. pr. C. de legib. l. hoc modo* 64. *§.* 1. *ff. de cond. & dem.* ubi & exemplum. Aliud exemplum habemus in *l. ſi ſponſus §. circa* 5. *ff. de donat. int. vir. & ux. l. ſi quis* 38. *ff. de contr. empt.* nempe ſi vir volens uxori donare, in fraudem legis venditionem commentus, viliori pretio rem uxori vendiderit. Quippe eo ipſo, quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut fruſtra & inutiliter fiat, quod prohibitum eſt: adeò ut nec opus hic ſit alioqui vel exceptione vel reſciſſione aut reſtitutione. Nec ipſe actus ſolùm legi contrarius ipſo jure inutilis eſt, ſed etiam quicquid tali actui acceſſerit, ſive pactum ſive pignus, ſive ſtipulatio, ſive jusjurandum *d. l. non dubium. in fin.* nam acceſſio ſequitur conditionem cauſæ principalis. Cæterùm quod de jurejurando ibi dicitur id jure Canonico ex parte mutatum eſt. *cap. cum contingat. ext. de jurejur. & C. quamvis de pact. in* 6. ubi Pontifices non tantùm ipſum jusjurandum actui quantumvis inutili accedens ſervari volunt, ſed etiam actum jure inutilem eo confirmari & validum fieri. Utique tamen non derogant in totum diſpoſitioni *d. l. non dubium.* Nam quoties ideo actus vel contractus prohibetur, quia natura turpis & bonis moribus contrarius eſt, vel propter utilitatem publicam, aut in odium creditorum, vel quia jusjurandum vergit in præjudicium alterius, aut ſervari non poteſt ſine diſpendio æternæ ſalutis, juri antiquo & civili locum relinquunt. Et ergo jure Pontificio juramentum tollit defectum nullitatis & reſtitutionem in integrum, ut loquuntur Bartolus & Salicetus in *aut. Sacramenta puberum. C. ſi adverſ. vendidit.* ac probabile omnino eſt Imper. Fredericum in d. authent. ſecutum auctoritatem juris Canonici, quæ tunc magna erat: idem juramentis robur ex ſua auctoritate addere voluiſſe, quod à Pontificibus acceperant; ut rectè meo judicio ſentiant, qui ampliandæ *l.* 1. *C. eod. tit.* authenticam illam ab Irnerio ſubjectam putant; ſed hæc non ſunt hujus diſquiſitionis.

 Quæ-

Quæritur autem an ſemper & ſine exceptione verùm ſit, quod diximus, pro infecto & nullo haberi, quod contra legem fit, ſive contra quam lege cautum eſt. Et ſi quidem lex ſimpliciter aliquid fieri vetet, nec ullam nominatim adjiciat pœnam, rectè colligimus & ſtatuimus ea, quæ contra legem fiunt, pro infectis haberi, & ipſo jure eſſe nulla: tunc enim hanc eſſe pœnam legis, & hoc velle legem intelligimus, ut quod factum eſt, infectum ſit, id eſt, caſſum & irritum protſus; veluti ſi filius ſine conſenſu patris matrimonium contraxerit, ſi vir uxori, aut uxor viro aliquid donaverit, ſi pater filium, quem in poteſtate habet, præterierit, aut ſub conditione, quæ non ſit in ejus poteſtate, hæredem inſtituerit, ſi quis in fraudem creditorum manumiſerit, ſi minor natu majorem adoptaverit, &c. Sed & ſi lex ulterius procedat & pœnam adjiciat, idem adhuc dicendum eſt, modo pœna adjiciatur, annullationi actus, ut loquuntur: nam & tunc nullum eſt ipſo jure, quod factum eſt; & præterea pœna adjecta annullationi præſtanda eſt: exempla habemus in *l.* 4. *l.* 6. *cum auth. ſeq. C. de inceſt. nupt. l. un. C. ſi quacunque præd. pot. l. pen. C. de interd. matr. int. pup. l. eum qui* 18. *C. ad leg. Jul. de adult. l. ult. ff. de rit. nupt.* cum ſimil. quibus locis inceſtæ & prohibitæ nuptiæ non ſolùm caſſæ & irritæ eſſe jubentur, verùm etiam qui tales nuptias contrahunt, variis pœnis pro varietate delicti afficiuntur. At enim verò cum lex aliquid fieri vetat & pœnam: ſi contra factum erit, nominatim conſtituit, non actum annullando, ſed ita ut quod factum eſt, valere aliquo modo & ſubſiſtere patiatur, cæterùm remedium ſuppeditet, quo id poſtea reſcindatur aut aliàs infirmetur, pœnave aliqua facienti irrogetur, quod factum eſt, ipſo jure ſubſiſtet, ut lex vult, ſed reſcindi aut irritum reddi poterit, eritque ea pœna quam lex conſtituit. Exemplo ſint Senatuſconſulta Macedonianum & Vellejanum; quorum illud vetat filiofam. mutuam pecuniam dari, hoc comprehenſum eſt, ne fœminæ pro ullo intercedant, & tamen ſi aut filiofam. mutua pecunia data ſit, aut fœmina pro alio interceſſerit, actus iſte non eſt ipſo jure nullus, quoniam neutro Senatuſconſulto planè annullatur, ſed aut actio contra filiumfam. mulieremve denegatur, ſi conſtet contra Senatuſconſulta factum eſſe, aut ſi de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio. *tit. ff. & C. de Senatuſc. Maced. & ad Senatuſc. Velleja. junct. l. nam poſteaquam* 9. *pr. ff. de jurejur.* Prætor liberos emancipatos, ſi heredes non inſtituantur, exheredari jubet: & tamen ſi neque heredes inſtituti, neque exheredati fuerint, non ideo teſtamentum patris jure prætorio nullum eſt, quia prætor id patitur ſubſiſtere, & tantùm remedium ſuppeditat, quo id reſcindatur, data ſcilicet præteritis bonorum poſſeſſione contra tabulas teſtamenti paterni. §. *emancipatos Inſt. de exhæred. lib. l.* 1. *& tot. tit. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Mulier, quæ intra tempus, quo virum elugere moris eſt, nubit, contra legem facit. *l.* 1. *ff. de his qui not. infam.* non ideo tamen matrimonium ipſo jure nullum eſt: imò nec reſcinditur, ſed infamis fit mulier, & alias quoque pœnas patitur. *l.* 1. *C. de ſecund. nupt.* Atque hinc pendet deciſio nobiliſſimæ quæſtionis de exhæredatione liberorum facta aut ſine juſta cauſa, aut nulla ingratitudinis cauſa expreſſa, utrum ob id teſtamentum patris ſit ipſo jure nullum ex conſtitutione Juſtiniani *Nov.* 11. *c.* 3. an hoc non obſtante teſtamentum nihilominus ipſo jure ſubſiſtat, atque ad id reſcindendum etiamnum querela inofficioſi ſit opus? De quo agemus ex profeſſo *lib.* 2. *quæſt.* 2. Illud obiter hic monendum, non totum actum, in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum eſt, reſcindi aut ipſo jure nullum eſſe; niſi & in totum contra legem factum ſit, alias non niſi quatenus in legem peccatum, verbi gratia, ſi quis majores, quàm licet, uſuras ſtipulatus fuerit, non idcirco in totum inutilis erit ſtipulatio, ſed duntaxat quatenus legitimum modum excedit. *l. placuit* 29. *ff. de uſur.* Non in totum irrita eſt donatio; quæ ſummam lege definitam excedens actis inſinuata non eſt, ſed tantum modo eatenus, quatenus ſuperat definitionem legis. *l. ſancimus* 24 *C. de donat.* Sic remiſſione cautionis fructuariæ facta à teſtatore non vitiatur legatum ipſum uſusfructus, ut perperam exiſtimavit Hunnius 2. *reſol. tr.* 2. *q.* 26. ſed remiſſio pro non ſcripta habetur: quoniam non in legando uſufructu, ſed tantùm in remittenda cautione contra legem fecit teſtator. *l.* 6. *ff. ut in poſſ. leg. l.* 1. *C. de uſufruct.*

C A P. I I.

Leges interpretari ſitne ſolius Principis, an verò & quo caſu etiam privatorum?

SIcut ſolius Principis eſt leges condere, ita & ejus ſolius eſt leges interpretari? quæ ſententia multis locis expreſſa eſt. *l.* 1. *l. leges.* 9. *l. ult. C. de legib.* & ab ea initium ſumit Novella Juſtiniani *de mul. rapt. paſſ.* 143. Quis enim, ut idem Imperator ait *d. l. ultim. C. de legib.* legum ænigmata ſolvere & omnibus aperire idoneus eſſe videbitur, niſi is, cui ſoli legislatorem eſſe conceſſum eſt? Nulline igitur leges interpretandi jus eſt, ſolo Principe excepto? Nulli ſanè tale, quale Princeps habet, ut ſcilicet interpretatione ſua mentem legis latæ egrediatur, aut prætextu æquitatis à mente legislatoris recedat; quoniam id non eſt ſervare legem interpretando, ſed mutare, quod nemini licet, niſi Principi. Et hoc eſt, quod Conſtantinus reſcribit *l.* 1. *C. eod.* inter æquitatem juſque interpoſitam interpretationem nobis ſolis & oportet & licet inſpicere, & Valentinianus *l.* 9. *C eod.* duritiam legum oportere Imperatoria interpretatione emendari. Quibus convenit illud Harmenopuli *l.* 1. *tit.* 2. §. 33. ὕταν ἑτερόν τι τὸ νόμιμον βούλετον, ἕτερον δὲ τὸ δίκαιον, μόνος ὁ βασιλεύς τὴν περὶ τούτου τέμνει ζήτησιν. id eſt. Cum aliud jus ipſum, aliud æquitas poſtulat, controverſiam hanc ſolus Princeps dirimit. Ac proinde ſi ex verbis legis tam aperta ſit legislatoris voluntas, ut de ea dubitari non poſſit, ſervanda lex eſt, quamvis dura & aſpera videatur: nam credendum eſt, legislatorem certa ratione ductum, ita conſtituiſſe, licet nos rationem, quæ eum moverit, expedire non poſſimus *l. non omnium* 20. *ff. de legib. l.* 9. *ff. de religioſ.* Scilicet hoc inter homines lex affert, ut habeamus, quid in judicando ſequamur, quamvis forte, id quod ſequimur, altero, quod non ſequimur, non ſit melius & æquius. In rebus enim & negotiis aliquid certi definiendum eſt, neque de legibus, quarum certa eſt ſententia, diſputari oportet: cum alioqui multa eaque certiſſima poſſent ſubverti *lib. & ideo* 21. *ff. de legib.* rueretque legum auctoritas, ſi in rationem earum nimis anxiè inquirere liceret, ut diſputat Plato *lib.* 1. *de legib.* Unde Auguſtinus *lib. de vera relig. cap.* 32. In iſtis, inquit, temporalibus legibus, quanquam de his homines judicent, cum eas inſtituunt, tamen cum fuerint inſtitutæ & firmatæ, non licebit Judici de ipſis judicare, ſed ſecùndum ipſas. *cap.* 3. *diſt.* 4. Exemplum habemus in *l. proſpexit.* 12. *ff qui & à quib. man.* Lege Julia de adulteriis coercendis cavetur ne ſervi adulteræ, & nominatim ne ii quidem, qui extra miniſterium ejus fuerunt, vel in agro vel in provincia, manumittantur, & ſic quæſtioni ſubducantur. Hoc licet nobis, quos ſæpe ratio legis latet, *l. non omnium* 20. *ff. de legib.* durum videatur, tamen cum id benigna interpretatione emendari nequeat ſalva voluntate legislatoris, juxta *l. benignius.* 18. *ff. eod. tit.* neque in iis, quæ lex diſponit, debeat Judex ipſa lege eſſe clementior. *Novell.* 82. *c.* 10. Princeps hic conſulendus erit & nobis cum Ulpiano reſpondendum hoc perquam durum eſt, ſed lex ita ſcripta eſt, neque enim ubi aperta ſunt, atque inter ſe conveniunt verba legis & ſententia, voluntatis quæſtio admittenda eſt, ſed legi parendum & voluntas condentis nobis pro lege eſſe debet, *dd. ll.* Nepos poſt mortem avi conceptus neque jure civili ad legitimam avi hæreditatem vocatur, ut ſuus hæres; neque jure prætorio ad bonorum poſſeſſionem tanquam cognatus *l.* 6. *cum* 2. *ſeqq. ff. de ſuis & legit. l.* 6. *pr. ff. de injuſt. rupt. teſt. l.* 1. §. 8. *ff. unde cogn.* §. *& licet.* 8. *Inſt. de hær. quæ ab int.* Fatendum quidem eſt durum eſſe & alienum ab æquitate, hunc nepotem excludi à ſucceſſione avi, à quo utique non minus deſcendit, & cujus ſanguis non minus eſt, quàm qui vivo eo nati aut concepti ſunt: ſed tamen Judicis partes hic quieſcere debent, quippe cui quidem licet à verbis legis recedere, ſed ita, ut ab ejus voluntate ſemper ſtet *d. l.* 18. *ff. de legib.* & ſecundùm eam ſententiam ferat *de Inſt. de offic. jud in pr.* Quinimo nulla eſt ipſo jure & ἄνομος ſententia, quæ expreſſim contra juris rigorem lata eſt. *l. ſi expreſſim.* 19. *ff. de appell.* An autem ut quidam putant à Juſtiniano hujus juris ſive ſubtilitas ſive aſperitas ſublata ſit. *Nov.* 118. *c.* 1. ad voluntatis quæſtionem pertinet, de quo poſtea. Si quis in rem alienam impenſas fecerit, earum ſervandarum cauſa unum tantùm remedium jure noſtro civili proditum eſt, ſcilicet retentio rei oppoſita doli mali exceptione, ſi res à domino vindicetur. *l. fin. autem* 27. §. *ult. l. ſumptus* 48. *ff. de rei vind. l. ſi quis* 11. *l. ſi in area c.* 16. *tit. eod.* Quod ſi omiſſa

hac exceptione poſſeſſor rem reſtituerit, conſtanter traditum eſt, nullam ei impenſarum nomine actionem competere. *l. ſi in area* 33. *ff. de cond. indeb. l. Paulus* 14. *ff. de except. doli mal. l.* 14. §. 1. *ff. comm. div.* Hoc autem licet duriuſculum videatur in perſona bonæ fidei poſſeſſoris, non ideo tamen licebit Judici contra manifeſtam juris ſententiam aliud remedium excogitare, quo ſubveniatur etiam non poſſidenti, atque ita æquitatis ſpecie vim auctoritatemque legum eludere. Principis igitur hic partes erunt, non Judicis; quanquam nonnulli exiſtimant, non eſſe alienum à ratione juris noſtri, ut non poſſidenti pro conſequendis impenſis detur actio utilis negotiorum geſtorum, ſed argumentis parum validis: quæ nunc non excutio. Atque hæc una ferè fuit omnium edictorum cauſa & totius juris prætorii occaſio, quod ſcilicet ejuſmodi interpretatio aut potius juris civilis correctio à Judicibus fieri non poterat: Quam enim multa contra manifeſtam rationem juris civilis à prætore introducta ſunt, in quibus antea nihil ſibi ſumere quiſquam privatus vel Judex vel Juriſconſultus potuit? Sed & in quæſtione voluntatis interdum Principis deſideratur interpretatio, ſi videlicet verba legis adeò ſint obſcura & perplexa, ut dubitatur, num factum, de quo agitur, legis mente comprehendatur, ſeu an lex ad hypotheſin pertineat, nec ne? Nam & hic adeundus Princeps; qui legem interpretetur, mentem legis omnibus aperiat, aut nova lege, ſi opus eſt, voluntatem ſuam declaret. *l.* 9. *& l. ult. C. de leg. l. & ideo* 11. *ff. l.* 1. *eod. eodem l.* 1. *in fin. cum l. ſeq. in fin. l. ſeq. ff. de reb. cor. qui ſub. tut.*

Sumamus exemplum, ut quo & obiter modo attigi, nunc explicem, ex *Nov.* 118. *c.* 1. ubi Juſtinianus deſcendentes ſeu liberos omnes ante omnes alios vocat ad ſucceſſionem parentum inteſtato mortuorum ſine ulla gradus prærogativa, id eſt, ſive primi ſint, ſive inferiorum graduum. Ex hoc autem quidem colligunt jus vetus, quo nepos poſt mortem avi conceptus à ſucceſſione ejus tam honoraria, quàm legitima excluditur. Juſtiniano illic ſublatum eſſe. Sed iſta collectio valde infirma eſt: Nam & veteri jure in ſuis hæredibus non ſervabatur gradus prærogativa. §. *cum filius* 6. *inſtit. de hær. quæ ab int.* & nepotes ex filio emancipato nati ex edicto jungebantur patri ſuo. *l.* 1. §. *ſi quis ff. unde lib. & tot. de conjung. cum. emanc. lib.* Ponendi enim ut olim ita & nunc termini habiles. Itaque cum in novella iſta Juſtiniani, tollentis tantùm diſcrimina ſexûs & poteſtatis, nihil inveniatur, quod ad hujus articuli emendationem trahi poſſit, quod mutatum non eſt, adhuc vigere debet. At rurſus ex diverſo illud quoque fatendum eſt propoſito Juſtiniani, omnia in hac ſucceſſione ad ſimplicitatem naturæ revocare volentis, admodum conſentaneum eſſe, quod etiam in hoc caſu jus vetus emendare voluerit. Sed quia id non fecit, & ex hujuſmodi conjecturis correctio juris induci non debet, in hac perplexitate, ſi fortè talis caſus inciderit, eum non à Judice ſed à Principe decidi oportebit, ne juris auctoritas ponatur in poteſtate judicantis, contra *l. ord.* 15. *in fin. pr. ff. ad municip.* & ita *Diod. Tulden. in comment. ad Cod. de ſuis & leg. hær. c.* 4. *arg. l.* 2. *ff. de reb. cor. qui ſub. tut.*

Quod ſi verba legis non ſint uſque adeò clara, ut excludant omnem interpretationem ex bono & æquo: neque uſque adeò obſcura, quin mens legiſlatoris ex antecedentibus aut conſequentibus elici poſſit, hic dabitur locus interpretationi etiam privatorum, ſive Juriſconſultorum aut Judicum, qui verba legis ad ſententiam interpretando accomodent. *l.* 12. *& ſeq. ff. de legib.* atque huc reſpicit extrema clauſula *l. ult. C. eod. tit.* Duplex autem eſt ejuſmodi interpetatio, quarum altera extenſiva vulgò nuncuparur, altera reſtrictiva. Extenſivæ uſus eſt cum ſententia legiſlatior eſt legis verbis, id eſt, cum lex minus ſcripſit, plus voluit: reſtrictivæ, cum ſententia eſt anguſtior, id eſt, cum lex plus ſcripſit, minus voluit: illa utimur cum verba legis ex ſententia extendimus & ad ſimilia producimus; hac, cum verba ex mente legis reſtringimus. Exempla extenſivæ interpretationis peti poſſunt ex *l. illud* 32. *ff. ad leg. Aquil. l.* 4. *ff. de fund. dot. l.* 7. §. 2. *ff. de juriſd. l. oratio.* 16. *ff. de ſponſ.* cum ſimilibus planè in jure ſingulari extenſivæ interpretationi locus non eſt, cujuſmodi ſunt jura minorum, miſerabilium perſonarum, militum, ſtudioſorum, fiſci, Eccleſiarum, aliaque privilegia perſonis aut cauſis tributa. Nam quod contra rationem juris communis propter utilitatem aliquam certis in perſonis aut cauſis receptum aut conſtitutum eſt, id vetamur, producere ad conſequentias, neque in eo poſſumus ſequi regulam juris *l. quod vero* 14. *& ſeq. ff. de legib. l.* 1. §. 2. *ff. de conſt. princ.* Reſtrictivæ interpretationis exempla ſuppeditant: *l. quod dictum* 32. *ff. de pact. l.* 2. §. 3. *ff. ad ſenat. Vell. l.* 6. *C. de legib. l.* 6. §. 2. *ff. de jur. patron. l. illud* 40. *pr. ff. de hæred. petit. l.* 11. *ff. de in jus voc.* &c.

ſic quod generaliter cautum eſt. *Nov.* 115. *c.* 3. Judex interpretatione ſua reſtringere poteſt & debet ex *l. ſicut.* 9. *& l. ſeq. C. de teſt. milit.* quæ licet ſint anteriores, ut videri poſſint per *d. Nov.* 115. utpote poſteriorem, ſublatæ *arg. l. ult. ff. de conſtit. princ.* tamen quia ſunt ſpeciales, Novella iſta potius ex his explicanda, limitanda & reſtringenda eſt, juxta regulam juris *l. in toto* 80. *ff. de reg. iur. fac. l. non eſt novum* 26. *cum ſeq. ff. de legib.*

Debent autem tam judices quam juriſconſulti in interpretatione ſibi permiſſa ſequi non riguorem juris civilis, non jus ſummum, quod ſumma ſæpe injuria eſt, ſed quod benignius, quod æquius eſt & melius, exemplo Servi Sulpitii, qui hoc encomio laudatur à Cicerone *Philip.* 9. quod non magis juris conſultus, quam juſtitiæ fuit, propterea quod ea, quæ proficiſcebantur à legibus & jure civili, ſemper ad æquitatem facilitatemque referebat, & Caii illius Aquilii, quem juris civilis rationem nunquam ab æquitate ſejunxiſſe memorat idem Cicero in *orat. pro cæcinna* eoque pertinent *l. placuit. C. de judic. l. benignius* 18. *ff. h. t. l. in omnibus* 90. *ff. de reg. iur.* Idem, præclatæ illæ Celſi ſententiæ dicentis, ſcire leges non hoc eſſe verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem. *l. ſcire* 17. *ff. de leg.* jus eſſe attem æqui & boni *l.* 1. *pr. ff. de juſt. & jur.* Ex his credo, jam dignoſci poterit, quæ ſint in legibus exponendis principum, quæ judicum partes.

CAP. III.

Utrum dare Bonorum poſſeſſionem, jubere cavere prætoria ſtipulatione; in poſſeſſionem mittere mixto imperio, an jurisdictioni adſcribenda?

DUplicis in argumento de Jurisdictione fit imperii mentio, meri & non meri ſive mixti. Merum imperium definiente Ulpiano, eſt poteſtas gladii ad animadvertendum in facinoroſos *l.* 3. *ff. de jurisd.* cui deſcriptioni ſi addideris, *vel cujusvis alterius gravioris coërcitionis.* ex *l.* 6. *pr. ff. de offic. proc. l. nemo poteſt.* 90. *de reg. jur.* plena erit & perfecta definitio. Quippe nihil aliud eſt merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, ſive capite plectendi ſint, ſive tollendi è numero civium ſervitute pœnæ, deportatione ſive relegandi fuſtigandive. Hoc imperium dicitur merum, quia purum & per ſe ſolum eſt, alterius rei mixturam non habens, ſicut dicimus merum jus gentium, quod non eſt mixtum cum præceptis civilibus. *l. bona fides.* 31. *ff. depoſ.* meram donationem, id eſt, puram & ſimplicem. *l. Aquilius* 27. *ff. de donat.* merum vinum, quod aqua non eſt dilutum, & ſimilia. Eſt autem hoc nomen huic imperio inditum, quia eſt & aliud imperii genus, quod noſtri non merum aut mixtum vocant, propterea quod juriſdictioni cohæret, ſubſervit, ineſt, conſiſtens in modica coërcitione; id eſt, executione decretorum & pronunciatorum in cauſis civilibus; cum merum illud à jurisdictione ſit ſeparatum, & circa criminum animadverſionem verſetur *l.* 1. *in fin. l. ult.* §. 1. *ff. de offic. ejus. &c. l.* 3. *ff. de juriſd.* Igitur mixtum Imperium eſt poteſtas cohærens jurisdictioni comparata ad eam tuendam atque explicandam. Cur mixtum vocetur, ex iis, quæ modo diximus, intelligi poteſt, nimirum quia conjunctum & unitum eſt cum jurisdictione, ejusque inſeparabile adjunctum: ſiquidem hæc duo, jurisdictio & mixtum imperium, ratione perſonæ, cui competunt, indiſſolubili vinculo inter ſe copulata & nexa ſunt, ita ut alterum ab altero divelli non poſſit? nam ſicut magiſtratus eſſe non poteſt ſine iurisdictione, ita nec ſine imperio aliquo, quo iurisdictionem ſuam tueatur, ratumque efficiat, quod ſtatuit aut decrevit, *d. l. ult.* §. 1. Cæterum etſi imperium hoc ita, ut diximus, coniunctum atque unitum eſt cum iurisdictione, ut ab ea ſeiungi non poſſit nihilominus, tamen: ut nominibus diſtincta ſunt, ita & reipſa ſunt diverſa, actusque iurisdictionis & imperii diſtincti, ut neque quod iurisdictionis eſt imperio, neque quod imperii, iurisdictioni attribui debeat. Diverſa hæc eſſe patet cum ex eo, quod mandata iurisdictio ne etiam hoc imperium ſimul tranſire dicitur, tanquam conſequens iurisdictionis eique perpetuò cohærens. *d. l.* 1. *in fin. & d. l. ult.* §. 1. *de offic.* eius tum quod definitur modica coërcitio, qua magiſtratus iurisdictionem ſuam tuetur, & quæ decrevit, exequitur *d. l. ult.* §. 1. Jam verò quod ſimul cum iuriſdictione tranſit, quod iuriſdictionis tuendæ gratia comparatum eſt, id utique non eſt idem cum iurisdictione, ſed aliquid ab ea diverſum. Actuum quoque diverſitas conſpicua eſt, & facile dignoſci poteſt. Nam cauſam cognoſcere,

noſcere, ſententiam dicere, decernere, ſtatuere, iurisdictionis ſunt, non imperii, ſententiam, decreta, ſtatuta, iuſſa exequi manu militari, captis pignoribus, aut multa exacta, imperii, non iurisdictionis. Et utique cum imperium, quod omnes fatentur, conſiſtat in executione; neceſſe eſt, ut actus aliquis iurisdictionis præcedat, quem ſequatur actus imperii, ſi ei, quod vi iurisdictionis ſtatutum aut decretum eſt, non pareatur. Ac proinde qui decreta & iuſſa magiſtratuum imperii eſſe ſtatuunt, veluti iubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, apertè ſibi contradicunt, dum aiunt, imperium eſſe coërcitionem, cohærentem iurisdictioni, ut nervos habeat, illudque poſitum eſſe in executione; ut *Curaſ. 3. miſc. 17. Duar. de iuriſd. c. 7. Donel. 17. com. 6. Vaud. 2. quæſt. 35. Fachin. 2. contr. 95. Scipio Gentil. 1. de iurisd. c. 3.*

Accedamus iam ad diſquiſitionem problematis noſtri, & videamus, utrum dare bonorum poſſeſſionem, iubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, mixto imperio adſcribenda ſint, an iurisdictioni? Imperio attribui non poſſunt. Nam ut de bonorum poſſeſſione primum dicam, nullus in ea danda præcedit actus iurisdictionis, quem prætor eam dando defendat, neminem coërcet, neminem multat. Quod ſi dicat aliquis, præcedere ſaltem cognitionem, aliquam, is cogitet, nullam eſſe ſententiam, quam non præcedat cauſæ cognitio. Quis autem in numero eorum, quæ mixti imperii ſunt, poſuit unquam ſententiam dicere, eum unde petitur, abſolvere aut condemnare? Jus dicendæ ſententiæ etiam pedanei iudices habent, quorum tamen nec propriè iurisdictio eſt, ſed nuda duntaxat notio, id eſt, cognoſcendi & iudicandi facultas ſine exequendi poteſtate, *l. 5. l. a div. 15. ff. de re iud.* Relinquitur ergo ut dicamus bonorum poſſeſſionem dare, actum eſſe iurisdictionis, non mixti imperii. Atque hoc ipſum ex eo quoque manifeſtè evincitur, quod ius omne, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, introductum eſt iuris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teſte Juſtiniano in *pr. Inſt. de bon poſſ.* correctio autem iuris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo propriè dicto, ſed à iurisdictione Prætoris veniunt: unde ſcilicet omnia edicta proficiſcuntur; quod & nominatim de bonorum poſſeſſionibus teſtatur idem Imperator in *pr. §. 2. Inſt. d. tit.* Quapropter ſic omnino habendum eſt, cum prætor alicui bonorum poſſeſſionem dat, aut ſi opus eſt, cauſa cognita pro tribunali decernit. *l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poſſ.* hunc actum non eſſe mixti imperii, ſed intra terminos conſiſtere iurisdictionis. At enim vero ſi ex ſolo decreto bonorum poſſeſſio obtineri nequeat, hic iam Prætor utetur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coërcebit obtinentes. *Fac. l. 3. in pr ff. ne vis fiat ei, qui in poſſ.*

Sed huic ſententiæ obiicitur locus Ulpiani in *l. 3. ff. de iuriſd.* ubi diſertè iuriſconſultus ait, mixti imperii eſſe, dare bonorum poſſeſſionem, ſic enim hic locus vulgo, atque in ipſo quoque codice Piſano legitur; *Mixtum imperium eſt, cui etiam iurisdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtat, Jurisdictio eſt etiam iudicis dandi licentia.* Non auderem aſſerere locum iſtum corruptum eſſe, niſi me moveret ſummorum virorum auctoritas, & præcipue manifeſti iuris ratio. Quid igitur, non dubito, quin lectio iſtius loci ſit vitioſa, & vel cum Antonio Goveano ad hanc leg. *n. 34.* legendum *Mixtum imperium eſt, cui etiam iuriſdictio ineſt. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, iuriſdictio eſt. Juriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia.* Nullum enim in veteribus libris frequentius mendum eſt, quam iterati verbi omiſſio. Vel cum Ant. Fabro *lib. 4. coniect 4.* pro *quod* ſubſtituendum *quæ*, hoc modo, *cui etiam iurisdictio ineſt, quæ in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit.* Nam ex utriuſque ſyllabæ ſimilitudine facile error naſci potuit, & quod caput eſt, verba ſequentia, *iurisdictio eſt etiam*, &c. evidenter oſtendunt, prius à iureconſulto prolatum eſſe exemplum iurisdictionis. Hotomannus *lib. 7. obſ. 16.* etiam pro his verbis, cui iurisdictio ineſt, mavult legi, quod iuriſdictioni ineſt, non equidem abſque ratione: nam propriè iurisdictio non ineſt, non accedit ſubſervit imperio, ſed hoc illi *l. 1. in fin. l. ultim. §. 1. ff. de offic. eius* cæterum non ſemper & ubique æque accurate ipſi veteres loquuntur.

Sed quid iubere cavere prætoria ſtipulatione & in poſſeſſionem mittere? Ne hæc quidem mixto imperio adſcribi poſſe ſuperioribus conſequens eſt. Etenim cum prætor cavere iubet, verbi cauſa, damni infecti nomine, & ſi non caveatur, decernit miſſionem in poſſeſſionem rei, de qua damnum timetur, id vi iurisdictionis ſuæ facit, non imperii, haud ſecus ac ſi iudex in actione arbitraria aut bonæ fidei iubeat rem petitam reſtitui aut exhiberi, & ſi iuſſui eius non pareatur, contumacem condemnet quanti adverſarius in litem iuraverit. Quidquod aperte apud Pomponium ſcriptum eſt, ſtipulationes prætorias omnes & ædilitias à iurisdictione venire *l. 5. pr. ff. de verb. oblig.* Enimvero ſi ex decreto miſſus non admittatur,

& vi

ſi vis ei fiat, hic iam ſuccedunt partes imperii, quod mixtum appellatur, cuius vi decretum ſuum prætor manu miniſtrorum exequitur. *l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ.*

Movere neminem debet, quod apud Ulpianum *l. 4. ff. de iuriſd.* & Paulum *l. ea quæ 26. ff. ad municipal.* legimus, iubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere imperii magis eſſe quam iurisdictionis. Nam verbo imperii iſtis locis non ſignificatur imperium mixtum, de quo hic agimus, alioqui dicere debuiſſent iuriſconſulti, iſta non eſſe iurisdictionis, ſed imperii mixti: cum verò dicant iſta magis eſſe imperii, quam iurisdictionis, utique fatentur eſſe iuriſdictionis, ſed hoc ſignificant eſſe hæc iuriſdictionis cuiusdam eminentioris, atque ut Goveanus loquitur, magis imperioſæ, quam iudicatæ: in qua ſcilicet maiorum magiſtratuum; hoc eſt: eorum, qui tribunali præſunt: poteſtas reſplendeat: minores enim magiſtratus, quales erant magiſtratus omnes municipales, ea quæ excellentiores huius iurisdictionis ſunt, exercere non poſſe, *d. l. 26. pr. ad municip.* unde alibi eodem intuitu hi magiſtratus dicuntur eſſe ſine imperio. *l. nec magiſtratus. 32. in fin. ff. de iniur.* cum tamen mixtum imperium coniunctum cum iurisdictione ſua habeant, *arg. l. ult. §. de off. eius l. 2. ff. de iurisd.* & ut qui iurisdictionem ſuam captis pignoribus tueri poſſint. *l. quemadmodum 29. §. pen. ff. ad l. Aquil. l. 3. §. 1. ff. de reb. eor. qui ſub. tut.* Numeratur inter ea, quæ imperii magis, quam iurisdictionis ſunt; & quæ, ob id magiſtratus inferiores facere non poſſunt, etiam reſtitutio in integrum. *d. l. 26. §. 1. ff. ad munic.* At nec in integrum reſtituere mixti imperii actus eſt: ſed ſpecies ſplendidioris illius, quam dixi, iurisdictionis, quæ enim hic coercitio? aut quis dixerit, reſtitutionem in integrum cohærere, ineſſe, ſervire iurisdictioni, eiusque explicandæ cauſa comparatam eſſe? Eiusdem generis eſt & cognitio de ſuſpectis tutoribus. *l. 5. §. ſuſpecti 11. ad ſenat. Turpil.* ubi iuriſconſultus ait, ſuſpecti tutoris accuſationem pro tribunali tantum examinari poſſe, nullumque alium quam præſidem, de huiusmodi quæſtione poſſe pronunciare. An quia hoc mixti eſt imperii? minime: nam & magiſtratus municipales mixtum imperium habent, ut paulo ante oſtenſum: ſed quia eſt excelſæ cuiusdam & nobiliſſimæ iurisdictionis, quam ſoli habent magiſtratus maiores, & quam imperii nomine paſſim veteres deſignant. *l. 8. & l. ult. ff. de offic. proconſ. l. 3. ff. de offic. eius, &c. l. 2. ff. de adopt. l. 12. §. 1. ff. de iudic. l. iuris gentium 7. §. ſi paciſcar. 14. ff. de pact. l. quod iuſſit. 14 ff. de re jud.* quibus omnibus locis nomen imperii eminenti huic iurisdictioni tribuitur, eoque nomine ſignificatur excellens quædam poteſtas maiorum magiſtratuum, ſed talis tamen, quæ poſita ſit in iure dicundo, & intra terminos iurisdictionis conſiſtat.

Quidam cum hinc ſe expedire alia ratione non poſſent, duo genera mixti imperii commenti ſunt: unum, quod ſubſerviat & cohæreat iurisdictioni, comparatum iurisdictionis contentioſæ defendendæ & exequendæ gratia: alterum, cui inſit, & tanquam principali accedat atque ancilletur iurisdictio: cuius generis eſſe putant ea, quæ magis imperii, quam iurisdictionis eſſe dicuntur; ideo nempe, quia ut aiunt, ſicut in priore ſpecie iurisdictio, ita in poſteriore magis eminet imperium. ita *Baro in l. ult. ff. de offic. eius Muſcorn. de iuriſd. n. 143. Bocer. c. 4. n. 18. Obrecht. c. 12. n. 25. Oſvv. Hillig. ad Don. lib. 17. comm. 8.* Sed toto eos errare iudicio ea, quæ ſupra diximus, manifeſte oſtendunt. Nullum enim eſt imperium mixtum, ac ne excogitari quidem cum aliquo colore poteſt, quod per ſe ſubſiſtat, cui accedat & famuletur iurisdictio; ſed omne accedit & ſervit iurisdictioni, cum omne poſitum ſit in aliqua coërcitione, comparata ad iurisdictionem tuendam atque expediendam. Ita poſt Longovallium *Goveanus & Ant. Faber ubi ſup. & ad d. l 4. in rational. Bachov. ad tit. ff. de iurisdict. c. de mixt. imp.* atque hæc quoque ſententia, ut eſt ſimpliciſſima, ita & veriſſima nobis videtur, & dudum viſa eſt, *tract. de iurisd. c. 7.*

CAP. IV.

An prorogatio jurisdictionis de loco ad locum & de tempore ad tempus, ex ratione juris noſtri defendi queat?

Certi atque explorati iuris eſt, non ſolum eum, qui iurisdictionem habet, eam poſſe mandare alteri, dummodo eam habeat ſuo iure, non alieno beneficio. *l. 5. ff. de iurisd.* id eſt, modo propriam habeat, non mandatam ab alio: verum etiam iurisdictionem, quam quis vel proprio iure,

iure, vel mandatam habet, conſenſu partium poſſe ei ipſi prorogari ut iam vi huius prorogationis ius dicere poſſit inter eos, qui iure publico iuriſdictioni eius non ſunt ſubiecti, aut de ſumma ordinaria eius cognitione maiore. Et hoc eſt, quod Ulpianus ait *l.* 1. *ff. de iudic. Si ſe ſubiiciant aliqui iurisdictioni & conſentiant, in conſentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali præeſt, aut aliam iurisdictionem habet, eſt iurisdictio.* & huc fac. *l. eſt receptum.* 14. *l. ſi convenerit.* *l.* 18. *ff. de iurisd. l.* 2. *pr. &* §. 1. *l. de qua re* 74. §. 1. *ff. de iudic.* Doctores noſtri fere quadruplicem faciunt iurisdictionis prorogandæ modum; de perſona ad perſonam; de re ad rem, ſeu quantitate ad quantitatem; de loco ad locum; de tempore at tempus. Ex quibus modi duo priores certo iure nituntur. *l. eſt receptum* 14. *& l. ſeq. l. ſi convenerit* 18. *ff. de iuriſd. l.* 1. *l.* 2. *ff. de iudic. l.* 1. *l.* 3. *C. de iuriſd. l. de qua re.* 74. §. 1. *ff. de iudic. l. inter convenientes* 28. *ff. ad municipal.* ſed de tertio & quarto prorogandi iurisdictionem modo, ſcilicet de loco ad locum, & de tempore ad tempus non ſine cauſa quidem dubitant an iure noſtro recepti ſint. Quod attinet ad alium, de loco ad locum, quæſtio in eo poſita, an ita de loco ad locum iurisdictio prorogari poſſit, ut virtute huius prorogationis etiam extra territorium iuris dicundi poteſtas acquiratur ei, cuius iurisdictio ſic prorogata eſt, verbi cauſa; an Judex Mutinenſis, quo exemplo vulgo utuntur, vi prorogatæ ſibi iurisdictionis eam Bononiæ exercere queat? Affirmat quidem id Zaſ. in *l. pen. ff. de iuſt. & iur. n.* 25. *& DD. comm. in. l. ult. ff. de iuriſd.* qui & porro quærunt, an hic præciſe requiratur expreſſus conſenſus partium, & an etiam neceſſarius ſit conſenſus iudicis illius loci, ſeu expreſſus, ſeu ſaltem tacitus? Sed ſi evincimus talem de loco ad locum iurisdictionis prorogationem veteribus incognitam, & rationi iuris noſtri minime conſentaneam eſſe, omnis de ea re diſputatio ſupervacua futura eſt. Alienam eſſe à ratione iuris Romani primus oſtendere tentavit Bartolus in *l.* 2. *ff. de iudic. in pr. n.* 7. Idem poſt eum fecit & Baldus in *d. l.* 2. *n.* 7. & poſt hunc *Salit. in l.* 1. *C. de iuriſd. n.* 5. Nos etiam invictis argumentis id verum eſſe luculenter demonſtrabimus.

Primum illud extra omnem controverſiam poſitum eſt, magiſtratus omnes in ſuo duntaxat territorio iuris dicundi poteſtatem habere, extra locum terrritorii ſui privatos eſſe, eorumque iure cenſeri. *l.* 3. *ff. de off. præſid. l. ult. ff. de iurisd.* At privato ſeu ei, qui nulli iudicio præeſt, tribui iurisdictio conſenſu litigantium non poteſt. *l.* 1. *ff. de iudic. l.* 3. *C. de iurisd.* Alexander in *d. l. ult.* ſubtilem agit, dum ait iudicem habere iurisdictionem in habitu: eamque circumfere, ubicunque locorum ſit. Mihi vero valde inſubtilis & inepra videtur illa Alexandri iurisdictionis cum habitu comparatio: cum habitus ſit qualitas & vis animi longo uſu & crebris actionibus parta è ſubiecto ægre mobilis; jurisdictio autem ius quoddam & poteſtas in ſubiectos cives publicè tributa certos terminos ac limites ſuos habens, tum ratione durationis, tum ratione loci. Itaque iurisdictio eſt obiectum ſeu materia, circa quam magiſtrarus verſatur & occupatur, ſed in ſuo duntaxat territorio: magiſtratus adiunctum occupatum iurisdictionis; ſed ita limitatæ: ſicut Imperator eſt adiunctum occupatum totius imperii, quatenus ſcilicet circa imperii adminiſtrationem verſatur. Atqui, inquies, certum eſt poſſe magiſtratum etiam extra territorium ſuum exercere actus iurisdictionis voluntariæ; poſſunt enim & manumiſſiones & adoptiones & emancipationes fieri apud proconſulem & præſidem ſtatim atque urbem egreſſi ſunt, antequam ingreſſi ſint provinciam ſuam. *l.* 2. *ff. de off. proconſ. l. apud* 17. *ff. de manum. vind.* Reſpondemus ex eo, quod actus voluntariæ iursdictionis extra territorium ius dicentis expediri poſſunt, male inferri, poſſe in volentes & conſentientes quoque extra fines ſuos extendi iurisdictionem contentioſam. Non enim ex voluntate aut prorogatione privatorum eſt, quod iurisdictio voluntaria ubique exerceri poteſt, ſed ex natura ipſius iurisdictionis: quippe quæ exercetur in volentes & conſentientes, nec aliter exerceri poteſt, quod ſi extra provinciam ius dicentis id fiat. τυχηρόν τι & fortuitum eſt. Ut ecce, ſi quis forte filium adoptaverit apud proconſulem nondum ingreſſum provinciam ſuam, is non poteſt dici prorogaſſe iurisdictionem proconſulis, non magis quam ſi apud provinciam iam ingreſſum adoptaſſet. Contentioſæ autem iurisdictionis eadem manet natura, nec ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnia, quæ ad voluntariam iurisdictionem pertinent, extra territorium explicari poſſunt, imo nulla ex iis, quæ cauſæ cognitionem & decretum magiſtratus deſiderant, qualia ſunt tranſactio de alimentis teſtamento relictis, prædiorum minoris alienatio, adrogatio impuberis, &c. *l.* 8. §. *ult. igitur* 8. *ff. de tranſact. l.* 1. *ff. de reb. eor. qui ſub. tut.* §. 3. *Inſtit. de adopt. cum ſimil.* His accedit & illud, quod ubi ſemel ex conſenſu partium iurisdictio prorogata

rogata eſt, ea etiam in invitos ex exceatur: quod tamen in alieno territorio fieri non poſſe apud omnes in confeſſo eſt. Quod ſi ea vis eſſet jurisdictionis prorogatæ, ad eam ex prorogatione in alieno exercendam non opus eſſet conſenſu iudicis territorii; utpote qui nec alteri iurisdictionem tribuere, nec eam ſibi adimere poteſt. Non obſtat *c. ſtatutum: §. in nullo. de reſcript. in 6.* nam illic ſermo eſt de delegato Pontificis, quem tanquam delegatum Principis, conſtat ubique ius dicere poſſe etiam extra civitatem ſeu diœceſin, in quibus deputatus eſt, modo expreſſus partium ad id accedat conſenſus, quod etiam eodem loco à Bonifacio Octavo diſerte requiritur.

Quinimò nec illud abſolutè admittendum videtur, poſſe iurisdictionem iudicis ita prorogari, ut quolibet in loco ſui ipſius territorii ius dicat. Etenim quæ cauſæ cognitionem deſiderant & decretum magiſtratus, ea pro tribunali tractanda ſunt, atque eo in loco ubi ſalva publica maieſtate, ſervatoque more maiorum ius reddi poteſt & ſolet. *l. pen. ff. de iuſt. & iur. l. 4. C. de dilat.* quæ res cum ad publicum decus ſpectet, pactis privatorum mutari non poteſt. *l. neque ex prætorio. 27. ff. de reg. iur.* neque efficere, ut quod alibi iudicatum aut decretum eſt, auctoritatem iudicati habeat. *arg. l. 4. C. quomod. & quand. iud.* quo etiam pertinet, quod apud Ulpianum legimus, quæcunque cauſæ cognitionem deſiderant, ea per libellum ſive de plano expediri non poſſe. *l. nec quicquam. 9. §. 1. ff. de off. proconſ.* Atque hoc ipſum etiam à Mario Salomonio contra Guiliel. Cuman. Barr. & Baldum pridem obſervatum eſt in *l. pen. ff. de iuſt. & iure.* Arreſto quoque Curiæ Pariſienſis *anni* 1539. 2. *Septemb.* continetur ut & expenſarum taxationes in auditorio & loco, ubi more maiorum ius reddi ſolet, fiant, teſte Coſtal. *ad d. l. pen.* Quod autem prætor non conſtringitur uno in loco ius reddere, ſed ipſi permittitur pro arbitrio ſuo locum conſtituere, ubi ius dicat. *d. l. pen.* id non habet hanc ſententiam, poſſe prætorem ubi vis etiam domi ſuæ aut in itinere quacunque de cauſa ius dicere, ſed poſſe prætorem unum ex pluribus tribunalibus (nam in baſilicis, ubi ius reddebatur, multa erant tribunalia) unum iuris dicendi gratia eligere, id quod his verbis, ubicunque prætor ſalva maieſtate imperii ſui, ſalvoque more maiorum ius dicere conſtituit, iurisconſultum ſignificare omnino credibile eſt. Plane quæ circa cauſæ cognitionem expediuntur, item præparatoria iudicii; interrogationes, &c. poſſunt quidem illa alio quoque loco à magiſtratu aut iudice tractari, & vel domi ſella poſita vel in itinere. *l. 4. §. 1. ff. de interrog in iur. fact.* ſed poſſunt etiam citra partium conſenſum, nimirum ubi prætori viſum fuerit. Quapropter, ut tandem concludamus, dicendum eſt, nullam ex ratione iuris noſtri eſſe de loco ad locum iurisdictionis prorogationem.

Videamus nunc, an illa de tempore ad tempus prorogandæ iurisdictionis ſpecies, quæ ex quatuor illis, quæ vulgo Doctores ponunt, poſtrema eſt, iuris noſtri conditoribus cognita ſit. Et quidem, qui iurisdictionem de loco ad locum rectè prorogari ſtatuunt, argumentum ſumunt ab hoc de tempore ad tempus prorogandi modo, quaſi extra omnem controverſiam poſitum ſit, poſſe iurisdictionem de tempore ad tempus prorogari. *per. l. 2. §. 2. ff. de iudic.* Ego vero nec hanc ſpeciem veteribus cognitam aut uſurpatam intrepide aſſero, eosque, qui contra ſentiunt, fruſtra ſententiæ ſuæ firmamentum quærere in *d. l. 2. §. 2. ff. de iudic.* Nam textus ille ad nullam omnino iurisdictionis progandæ formam [illegible]tinet, ſed tantum loquitur ibi Ulpianus de prorogando tempore, intra quod iudex datus; qui [illegible]am tantaxat notionem, non iurisdictionem habet, *l. 5. ff. de re iudic.* iuſſus eſt litem aliquam ſibi [illegible]miſſam dirimere. Hoc tempus cum ſolo partium favore intelligatur adiectum, etiam earundem expreſſo conſenſu prorogari poſſe rationis eſt, utique ſi & ipſe iudex ad tempus à Prætore datus conſentiat: utrumque enim [illegible]ac prorogatione temporis exigitur *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet iudex ſine conſenſu ſuo à privatis gravetur onere iudicandi. In prorogatione autem iurisdictionis non aliorum conſenſus, quam ipſorum litigatorum deſideratur, ac ne eius quidem, cuius prorogatur iurisdictio, nec denique Judicis ordinarii & competentis, ut pote cui nihil hic adimitur. *d. l. 2. §. 1. ff. de iudic. Vult. 17. l. 1. c. de iurisd. n. 66.* Illud autem longè diſſimile eſt, quod Julianus ſcribit, *l. de qua re. 74. §. 1. ff. de iudic.* iudicem, qui usque ad certam ſummam iudicare iuſſus eſt, etiam de re maiori iudicare poſſe, ſi inter litigatores conveniat, hoc enim neque ad prorogationem de loco ad locum, neque ad prorogationem de tempore ad tempus, quæ interpretum commenta ſunt, pertinet, ſed ad ſecundam prorogandæ Juriſdictionis formam, de re ſcilicet ad rem, quæ non minus, quam prima illa & notiſſima, de perſona ad perſonam, certo iure recepta eſt, ut ſupra demonſtravimus.

 Neque

Neque Juliano illic ſermo eſt de ſimplici aut pedaneo judice, ut in *d. l. 2. §. 2. & paſſim. ff. de iudic.* cui ſcilicet una aliqua cauſa committi ſolebat præſcripta formula & reſervata danti poteſtate exequendi. *l. à Divo 15. ff. de re iud.* ſed de iudice publice conſtituto non ad unam aliquam litem, ſed generaliter ad omnes cauſas, quæ quandoque incidere poſſunt, terminandas usque ad certam ſummam; ac proinde de eo, qui iurisdictionem habeat & magiſtratus ſit. fac. *l. inter convenientes 28. ff. ad municip.* Illud probandum erat, poſſe magiſtratus annui iurisdictionem conſenſu litigantium ita prorogari, ut etiam finito magiſtratu & adhuc poſt annum inter conſentientes ius dicere poſſit, quod nunquam oſtendent. Imo verò etſi oſtenderent, nondum tamen hoc evincerent, poſſe ob id etiam de loco ad locum iurisdictionem prorogari. Licet enim interdum tempus & locus comparentur. *l. vinum 22. ff. de reb. cred. l. ſi ſoluturus 39. ff. de ſolut.* neminem tamen credo tam eſſe infantem in arte diſſerendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno ſtatutum eſt, id continuo ad aliud quoque transferendum eſſe, cum ſint plane diverſa, & prorogatio temporis privatam litigantium utilitatem reſpiciat, loci publicum decus. Nec igitur prorogationis de tempore ad tempus ullus apud veteres uſus fuiſſe videtur extra ſpeciem. *d. l. 2. §. 2. ff. de iud.* ubi non iurisdictio annui magiſtratus, ſed nuda notio iudicis ad tempus dati conſenſu partium & ipſius quoque iudicis prorogata proponitur. *add. Ant. Fab. ad d. l. 2. §. 2. in rational.* quo etiam loco non ſine ratione clauſulam illam. *d. §. 2. niſi ſpecialiter principali iuſſione prorogatio fuerit inhibita.* Triboniano adſcribit. Quis enim alius ita loqueretur, *iuſſione prorogationem inhiberi*, aut *inhibitione iuberi?* Adde, quod inſolens eſt ad tempus à Principe iudicem dari, aut ad tempus à magiſtratu dari notionis inhibere prorogationem. Sed hæc ἐν παρόδῳ.

CAP. V.

In Jus vocatio an ſit pars judicii propriè dicti?

PROCESSUS iudiciarii quatuor ſunt partes, quarum ordinem & progreſſum natura ipſa oſtendit, in ius vocatio, litis conteſtatio, cauſæ cognitio, ſententia. Additur & quinta, ſententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, ſecerni poteſt, nec ſemper neceſſaria eſt, ſed tunc ſolummodo, quando condemnatus ſententiæ iudicis ultro non paret. Prima igitur ordinis iudiciarii pars eſt in ius vocatio: nam ab hac parte edicti omnium actionum inſtituendarum initium proficiſcitur §. *ult. Inſt. de pœn. tem. litig.* hoc. eſt, qui cum aliquo iudicio contendere inſtituit, is ante omnia adverſarium ſuum in ius vocare debet, id eſt, ad eum vocare, qui ius dicturus ſit, iuris experiundi gratia. *d. §. ult. iunct. l. 1. ff. de in ius voc.* eique actionem edere, quo is ſecum interim deliberet, utrum cedere malit, an iudicio contendere, & ſi contendendum putet, ut veniat inſtructus. *l. 1. ff. de edend. auth. offeratur. C. de lit. conteſt.* Unde intelligimus hunc actum omnino neceſſarium eſſe eoque omiſſo nihil cognoſci, nihil ſtatui poſſe: & ſi contra factum ſit, id pro infecto habendum, nec rei iudicatæ auctoritatem obtinere. fac. *l. 4. C de ſent. & interloc.* & merito; quoniam ſic deficit una ex perſonis, quæ ad conſtitutionem iudicii neceſſario requiruntur: neque iudex contra ius naturale & divinum reum privare debet defenſione, quæ naturalis eſt. *Clem. paſtoralis. de re iud. Gail. 1. obſ. 9.* Nonnulli & partem iudicii eſſe contendunt: ſed hoc alii & plures negant: quoniam iudicium non ante cœptum dicitur, quam lis eſt conteſtata. *l. amplius 15. ff. rat. rem. hab. l. un. C. de lit. conteſt. Gail. d. obſ. 48. Weſemb par. de iud n. 6.* Diſſidium haud difficile compoſitu. Nam aut vocem iudicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in ius vocatione usque ad executionem, quæ proceſſus iudiciarii eſt pars ultima, aut preſſius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud iudices pedaneos expediebantur, nempe pro progreſſu iudicii à lite conteſtata usque ad ſententiam, qui inſtantia dici ſolet. Priore ſenſu non minus in ius vocatio propriè & verè pars iudicii eſt, quam litis conteſtatio, cauſæ cognitio, &c. unde ea quoque, quæ apud magiſtratum in iure fiunt, dicuntur in iudicio fieri, paſſim *tit. ff. de interrog. in iur. fac. l. 2. §. 2. ff. qui ſatisd. cog. l. 1. §. 1. pen. & ult. ff. de admin. tut. l. ult. ff. ſi quis in ius voc.* Poſteriore proprie iudicii pars non eſt, ſed tantum principium & præparatio iudicii inſtituendi, neque enim propriè aut Judex aut judicium ullum eſſe intelligitur, antequam lis ſit conteſtata. *de. l. un. C. lit. conteſt.*

Sed

Sed hic nobis occurritur primum ex eo, quod in ius vocatio operetur præventionem, id eſt, ſi quis poſtea quam in ius vocatus eſt, alterius fori eſſe cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii iudicis quæſito, is in ea cauſa ius forum revocandi non habeat, quaſi vocatione præventus *l. 7. ff. de iudic. c, propoſuiſti. ext. de for. compet.* Unde dicendum videtur in ius vocationem etiam iudicii propriè dicti partem eſſe, & iudicium cœptum intelligi, ſimulatque reus in ius vocatus eſt. *per. l. ubi acceptum. ff. de iudic.* Reſpondeo etiam ſi hic effectus eſt in ius vocationis, ut reus, licet poſtea alterius fori eſſe cœperit, litem apud eum, ad quem vocatus eſt, porro conteſtari & cauſam in iudicium deducere debeat, ex eo tamen non ſequitur in ius vocationem partem eſſe iudicii, aut iudicium iam eſſe cœptum, voce iudicii ſtricte ſumpta. Nam iudicio cœpto, ne actor quidem conſilium mutare; & ad novum iudicem reum vocare poteſt, ita cap. *d. l. ubi acceptum.* 30. *l. ſi is.* 34. *ff. de iudic.* At in ſpecie propoſita, quid ni liceat actori ante litem conteſtatam conſilium mutare, reumque convenire in foro recens quæſito. *arg. l. ſi quis.* 112. *ff. de verb. oblig.* Nam utique reo competere non poteſt exceptio præventionis, qui non prævenit, ſed præventus eſt. Litis autem pendentiæ exceptio competit demum poſt litem conteſtatam: & tunc actor etiam invitus in iudicio retineri poteſt, poteritque reus ipſi actori volenti cauſam ad forum recenter quæſitum trahere, exceptionem opponere litis pendentiæ. Adde quod iudicii inchoati etiam hæc vis eſt, ut actorem mutuæ petitioni rei obnoxium reddat quam mutuam petitionem pragmatici nunc reconventionem vocant. *l. qui non.* 22. *ff. de iudic. l. cum Papinianus,* 14. *cum auth. & conſequenter. C. de ſent. & interloc.*

Secundo obiicitur, quod iure noviſſimo in actionibus realibus per ſolam citationem vel libelli oblationem principi factam & iudici inſinuatam, & per eum futuro reo cognitam res fit litigioſa. *auth. litigioſa & ibi DD. C. de litigioſ.* Ex quo non malè inferri videtur iure Novellarum iudicium cœptum intelligi, ſaltem in actionibus in rem, ſtatim atque reus in ius vocatus eſt. Et porro cum iure canonico hoc generale cenſeatur, ut ſcilicet tam in actionibus perſonalibus, quam realibus per inſinuationem citationis res vitio litigioſi afficiatur. *Clem. 2. ut lit. pend. nihil innov.* ex eo utique huius iuris intuitu iudicium à citatione inchoari rectè colligi putatur per *c. gratum. de offic. deleg.* Reſpondeo ne hæc quidem collectio firma eſt: neque enim ex eo, quod placuit rem per citationem fieri litigioſam, ut ea poſtea alienata vel pignorata emptori vel creditori obſtet exceptio litigioſi, ſequitur protinus iudicium eſſe cœptum: non magis quam ex eo, quod citatio operatur præventionem, quod perpetuat iuriſdictionem delegati, de quo in *d. c. gratum.* aut quod ex ſola aditione prætoris effectus prorogationis inducitur. *l. ſi convenerit.* 18. *de iuriſd.* Nam illa effecta iudicii cœpti actionum, quæ aliàs tempore aut morte perituræ erant, iudicio ſemel incluſarum perpetuatio, fructuum in ſtrictis iudiciis poſt acceptum iudicium præſtatio, exceptionum dilatoriarum excluſio, &c. non ſunt effecta in ius vocationis, ſeu citationis, ut nunc paſſim loquuntur, ſed manent adhuc propria litis conteſtationis, utpote per quam demum res in iudicium deducitur & cognitioni iudicis ſubiicitur. *l. un. C. de lit. conteſt.*

CAP. VI.

An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri proſit, aut noceat?

EXplorati iuris eſt, neminem ſua pactione alteri nocere poſſe; ac ne ei quidem, cuius eſt in poteſtate. *l. ſi tibi* 17. §. *pen. l. ſi unus,* 27. §. 4. *verſ. ante omnia. l. contra iuris* 28. §. 2. *l. ult. ff. de pact.* in tantum, ut ne quidem procurator omnium bonorum poſſit actionem domini gratis remittere. *d. l.* 28. §. 2. ex quo loco temperandi textus in *l.* 12. *& l.* 14. *ff. eod. per l.* 12. *C. de tranſact. l. pactum curatoris.* 22. *C. de pact.* Sed nec pactione noſtra alteri, cuius iuri ſubiecti non ſumus, aut cuius rebus adminiſtrandis non ſumus præpoſiti, poſſumus prodeſſe, ut inde aut actio aut exceptio ei acquiratur. *l. ſi ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *ff. de verb. oblig. l.* 11. *ff. de obl. & act. l. quo tutela.* 73. §. *ult. de reg. jur.* Hinc eſt, quod nec pactum fideiuſſoris proſit reo principali. *l. fideiuſſoris* 23. *ff. de pact.* quanquam ſi expreſſe convenit, ne à reo quoque petatur, hoc caſu propter connexionem obligationum reo quoque dari exceptionem placuit, non pacti conventi, ſed ſubſidiariam doli, *l. idem in duobus.* 25. §. *ult.*

ult. & l. ſeq. d. tit. Quod vero ex contrario placet etiam pactum generale debitoris, ſive in rem factum, fidejuſſori quoque prodeſſe, mirum videri non debet: quippe cum ut fideiuſſori proſit, ipſius quoque debitoris interſit, propter mandati iudicium. Nam ſi nulla ſit fideiuſſori mandati actio, verbi gratia, ſi donandi animo fideiuſſor intervenerit, pactum rei fideiuſſori ad exceptionem minime proderit. *l. & hæredi.* 21. §. *ult. iunct. l. quod dictum.* 32. *eod. tit.*

De pacto unius è duobus reis promittendi aut ſtipulandi quæſitum, an non id ſaltem alteri proſit aut noceat? Et ſiquidem unus ex correis debendi, qui & ſocii ſint, pactus ſit, ne à ſe petatur, quin id pactum cæteris quoque proſit, vix ambigitur, propter regulam. *d. l.* 21. §. *ult. l.* 23. *in fin. & text. in l.* 25. *ff. d. t. l.* 62. *ff. ad leg. Falc.* Nam hic quoque paciſcentis intereſt à ſocio promittendi reo reo non peti: quia ſi ſolvat, id alteri judicio ſocietatis reputabitur. Obſtat tamen *l.* 3. §. 3. *ff. de liber. legat.* ubi Julianum reſpondiſſe Ulpianus refert, ſi uni ex correis ſociis liberatio legata ſit, non pacto, ſed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, alter inquietetur, quibus verbis non obſcurè ſignificare videtur pactum unius rei debendi alteri non prodeſſe, licet ſocii ſint. Ego vero nego Julianum ideo requirere, ut in caſu illic propoſito liberatio non pacto, ſed per acceptilationem fiat, quia pactum unius è reis promittendi ſociis alteri non prodeſt, ſed quia non prodeſt ipſo iure, atque ita adhuc fieri poſſet, ut dum actio, quæ ipſo iure ſublata non eſt, adverſus alterum ab hærede inſtituitur, is cui liberatio legata, obliquè inquietetur. Hæc eſt ratio cur Juriſconſultus in dicta ſpecie liberationem fieri voluit per eum modum, quo penitus & ipſo iure obligatio perimitur, ut ſcilicet in omnem eventum legatario proſpectum ſit. Quid ergo ſi rei debendi non ſint ſocii, an hic unius pactum alteri non proderit? Puto non prodeſſe: atque ut ita ſentiam, multa me movent. Primum quia hic paciſcentis nihil intereſt à correo ſuo pecuniam non peti: quippe qui, etſi poſtea conventus à communi creditore ſolvat, nullam adverſus eum, qui pactus eſt, actionem habet, ut hic ceſſet regula. *d. l.* 21. §. *ult. ff de pact.* Secundo movet me locus Ulpiani in *d. l.* 3. §. 3. *ff. de lib. legat.* ubi iuriſconſultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata eſt, agendo quidem conſequi poſſe, ut pacto liberetur, ſed non, ut per acceptilationem, ne etiam correo liberatio proſit. Qui locus apertiſſime ſententiam noſtram confirmat: quid enim apertius ad eius confirmationem afferri poteſt, quam quod ibi JCtus ait, uno quidem accepto liberato utrumque liberari, pactione autem unius eum duntaxat, qui pactus eſt.

Duo tamen huic ſententiæ obiiciuntur. 1. reſponſum Pauli in *l.* 25. *pr. ff. de pact.* 2. reſcriptum Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l.* 2. *C. de duob. reis.* In *d. l.* 25. *pr.* idem, ait Paulus, in duobus reis promittendi & duobus argentariis ſociis. Quid autem hic cum quo idem? an idem quod in conventione fideiuſſoris quam reo non prodeſſe, niſi fideiuſſor ſit in rem ſuam, idem Paulus in *l.* 23. *pr. & l.* 24. *ff. eod.* reſpondit? Minimè. Nam pactum unius e duobus ſociis alteri quoque prodeſſe debet propter judicium ſocietatis. Sed idem, quod in pacto rei principalis, ut quemadmodum illud fideiuſſori quoque prodeſt. *d. l.* 23. *in fin.* ſic unius ex argentariis vel reis promittendi ſociis pactum alteri quoque proficiat, utroque enim caſu paciſcentis peculiariter intereſt, ne pecunia ab altero petatur, rei principalis ne â fideiuſſore propter mandati iudicium: unius è duobus reis vel argentariis ſociis, ne à ſocio propter iudicium ſocietatis, quo alioqui id paciſcenti reputaretur. Non enim tantum de argentariis ſociis, ſed etiam de reis promittendi ſociis. *d. l.* 23. loquitur. Et eſt veriſſimum quod Cuiacius monet, cum fine *d. l.* 23. immediatè coniungi debere *d. l.* 25. utpote quæ alterum exemplum habeat, quo paciſcentis principaliter intereſt: quod & inſcriptio & res ipſa indicat.

Alterum quod huic ſententiæ obſtare plerique putant; eſt *l.* 2. *C. de duob. reis.* ubi Impp. reſcribunt, ſi unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exſolvat, quod ultra dimidiam ſuam ſolvit, eum poſſe repetere: quod ſic accipiunt, poſſe repetere etiam citra ceſſionem in correum actionis, videlicet ſubſidiaria actione negotiorum geſtorum: & ſecundum id ſæpe iudicatum eſſe teſtantur. *Ant. Fab. Cod. ſuo for. de duob. reis. defin.* 1. *Chriſtin. vol.* 3. *deciſ.* 114. *& vol.* 4. *deciſ.* 178. Jam verò hoc poſito, unum è duobus reis debendi ſolventem poſſe id quod partem ſuam accedit, repetere, ex eo rectè colligitur etiam unius paciſcentis, ne à ſe petatur, intereſſe ne petatur à correo ſuo, & conſequenter id pactum etiam correo profuturum, ne ſi fortè is ſolidum ſolvat, pro parte id ab eo, qui pactus eſt, repetat. Ego autem non video, quæ in præpoſita quæſtione actio ſolventi citra ceſſionem compe-

tere

tere poſſit. Illud utique certum eſt, ſolutione unius ipſo iure totam perimi obligationem. §. 1. *Inſt. de duob. reis. l. 2. l. 3. in fin. ff. eod.* ut nulla iam creditori ſuperſit actio, quæ cedi poſſit. Nec ulla dari poteſt ratio, cur cum uno ex pluribus fideiuſſoribus ſolidum ſolvente ſine pacto aut ceſſione nulla detur adverſus confideiuſſores actio. *l. ut fideiuſſor. 39. ff. de fideiuſſ. l. Modeſtinus 78. ff. de ſolut.* danda ſit uno è reis principalibus ſolvente adverſus correum. Sed nec ſuo nomine adverſus correum actionem habere poteſt: non actionem mandati, quod nullum interceſſit, non actionem negotiorum geſtorum, quia non alienum, ſed ſuum negotium ſolidum, quod debebat, ſolvendo geſſit, non denique actionem communi dividundo aut pro ſocio, quarum neutra competit citra communionem. *l. 1. l. 2. ff. comm. divid.* accuratè *Ant. Fab. l. 11. conject. 6. & ſeq.* contra *Car. Molinæum ad d. l. Modeſtinus. de ſolut.* Quid ergo reſpondebimus ad *d. l. 2. C. de duob. reis.* Putamus eam commodè accipi poſſe de duobus reis, qui in rem communem pecuniam mutuo acceperunt; dicitur enim expreſsè in textu pecunia communiter mutua accepta: ut hoc caſu uno ſolidum ſolvente, aut actio pro ſocio, ſi ſocii fuerint, aut communi dividundo adverſus alterum competat. *arg. l. 2. pr. ff. comm. div. iunct. l. ut ſit. 31. ff. pro ſoc. add. Perez. ad tit. C. de duob. reis n. 10. & ſeq. Gomez 2. var. reſ. 12. in fin.* Planè ſi nominatim perſona correi quoque pacto comprehenſa fuerit, proderit ei pactum ad exceptionem doli, per *l. 25. §. ult. & l. ſeq. ff. de pact.*

Jam videndum ex contrario, an pactum unius ex reis ſtipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, puta ſi pactus ſit ſe non petiturum. Et hic iterum diſtinguendum videtur inter ſocios credendi reos & ſimplices. Si ſint ſocii, puto pactum unius alteri ita non nocere, ut neque proſit. Nam pro ea ſaltem parte obſtabit correo petenti exceptio, quam ille toto ſoluto ſocio reſtituere teneretur iudicio ſocietatis. Quam autem partem ipſe conſequitur, eam non tenetur communicare ſocio, quippe cuius pactione effectum, ne integrum conſequi potuerit. Ut ut autem ſummi iuris ratio efficere videatur, ut nullo modo unius pactum alteri noceat, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum ſingulorum perſona tota obligatio conſiſtit, æquitatis tamen ratio facit, ut in propoſito ſaltem pro parte agenti obſtet exceptio, pro ea, inquam, parte, quam alioqui acceptam teneretur reſtituere ſocio.

Cæterùm *Ant. Fab. 11. conject. 18. in rational. ad l. 27. ff. de pact.* rejecta hac diſtinctione, contendit pactum unius è reis credendi ſociis alteri nocere in totum utitur argumento *l. ſi duo 34. ff. de rec. arbitr.* ex quo loco ſic ratiocinatur: Si compromiſſum unius ex correis ſociis nocet in totum alteri, ita ut ſi is, qui compromiſit, vetitus ſit petere, neque alter petere poſſit; ergo eodem modo & pactum unius nocebit alteri. At compromiſſum nocet, &c. per *d. l. ſi duo.* Reſpondeo, falſum eſt aſſumptum: idque vel ex eodem loco demonſtrari poteſt. Non enim quæritur illic, an ſocius petere, quod promiſſum eſt, poſſit; ſed an petente illo ſtipulatio pœnalis interpoſita à ſocio, qui compromiſit, committatur? quod non obſcurè affirmat Juriſconſultus. Und contrarium potiùs colligitur, nempe compromiſſum ſocio, qui non compromiſit, non obeſſe, utut eo quoque petente ſtipulatio pœnalis committatur, adverſus eum ſcilicet, qui compromiſit. Quod ſi correi credendi ſocii non ſint, conventio unius alteri non nocebit omnino, nunquam enim talia pacta vim ſuam exerunt extra perſonas paciſcentium. *l. ſi unius 27. §. 4. verſ. ante omnia. ff. de pact.* & eo pertinet eiusdem *l. 27. pr. verſ. ult.* Aliud eſt, ſi [illegible]is promiſſori acceptum tulerit *l. 2. ff. de duob. reis.* aut novandi animo alium reum acceperit, *l. ſi rem. 31. §. 1. ff. de novat.* aut iusiurandum detulerit. *l. in duobus. 28. ff. de iureiur.* quia hæc omnia vicem ſolutionis obtinent. De iureiurando enim id quoque diſertè traditum *in l. iusiur. 27. ff. eod tit.*

CAP. VII.

Si unius debiti plura ſint apud creditorem chirographa, an unius redditione cenſeatur obligatio remiſſa.

SI creditor debitori ſuo chirographum reddiderit, tacitè pactus intelligitur, ne petat, & debitum remiſiſſe. *l. 2. §. 1. ff. de pact. fac. l. 3. §. 3. ff. de lib. leg. l. qui chirographum. 59. ff. de legat. 3.* Quæ res dubitationem non habet, ſi creditori duntaxat una cautio expoſita, & ab eodem debitori redddita proponatur. Sed fingamus eiusdem debiti plures cautiones ſive inſtrumenta creditor tradita, & unum

& unum ex his tantum debitori redditum, an huius unius redditione ſimiliter obligatio tacitè remiſſa cenſeri debeat, quæſitum eſt. Affirmant *Bart. Bald. Caſtr. Jaſ. in d. libro ſecundo de pact.* quorum ſententiam ex profeſſo tuetur Bachovius *ad tit. ff. de pact. c. de ſect. div. pact. n.* 7. Negant *Duar. Fort. Garſ. Paul. Buſ. in d. l.* 2. excepto ſi id actum eſſe appareat, veluti ſi tabulæ non ſimpliciter redditæ, ſed aut donatæ ſint aut legatæ debitori. Movetur Bartolus, eumque ſecuti, hac ratione, quia unum tantùm inſtrumentum eſt, quamvis pluribus tabulis conſcriptum, per *l. unum.* 24. *ff. qui teſt. fac.* & quia tabulis reſtitutis non ſcriptum, ſed contentum reſtitutum intelligitur, *arg. d. l.* 2. §. 1. *de pact. l. qui chirographum.* 59. *de legat.* 3. *l.* 1. *C. de donat.* Bachovius autem pro defenſione ſententiæ Bartoli etiam quinque alia argumenta affert, quorum primum ſumptum eſt *ex l. veteribus.* 39. *ff. de pact.* quo loco cum Papinianus dicat, veteribus placuiſſe, pactionem obſcuram vel ambiguam ei nocere, in cuius poteſtate fuit legem apertius conſcribere, ex eo infert Bachovius, creditori imputandum eſſe, quod non apertius egerit, & contra eum eſſe iuris præſumptionem, quod debitum remittere voluerit. Secundum Bachovii argumentum eſt, quod præferenda ſit ſententia humanior: eam autem eſſe, quæ favet liberationi. *l. Arrianus.* 47. *ff. de oblig. & act.* Tertium, quia generalis eſt definitio tradita in *d. l.* 2. §. 1. *de pact.* nempe redditione chirographi hoc actum tacitè intelligi, ne debita pecunia petatur. Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi dari poteſt, quàm debiti remiſſio. Poſtremum, quia ſi unum ex duobus chirographis debitori legatum eſſet, liberatio legata cenſeretur. Cæterum hæc ſententia aliis, ut dixi, diſplicet, & meritò, meo quidem iudicio: quippe qua admiſſa magna occaſio præbetur improbis hominibus fallendi bonos creditores ſuos: Nam debitori in proclivi eſt duo chirographa eiuſdem argumenti conſcribere, quorum alterum tradat creditori, alterum retineat, ut ſi quando ex eo, quod traditum eſt, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud ſibi redditum eſſe à creditore: atque ita feneſtra aperietur fraudibus. Quapropter lubens ſubſcribo ſententiæ eorum, qui cenſent unius chirographi redditione non debere intelligi factam eſſe debiti remiſſionem, niſi id actum eſſe à debitore probetur: quod ſi id docere non poſſit, non ipſi, ſed creditori iusiurandum deferendum eſſe, nempe ut iuret chirographum à ſe redditum non eſſe animo remittendæ obligationis. Atque huc etiam facit bonus textus in *l. ult. ff. de his, quæ in teſt. del.*

Supereſt, ut reſpondeamus argumentis contrariæ ſententiæ auctorum. Et quidem illud Bartoli, unum inſtrumentum eſt, licet pluribus exemplis deſcriptum: verùm igitur eſt inſtrumentum redditum eſſe, eſt ex eorum genere, quæ Ariſtoteli in poſter. analyt. dicuntur ἀντιςρέφοντα, id eſt, tale, ut pro creditore retorqueri poſſit in debitorem. Nam ut Bartolus ſic argumentatur pro debitore, unum tantùm eſt inſtrumentum, quamvis pluribus tabulis conſcriptum, ergo verum eſt redditum eſſe: ita pro creditore contra debitorem hoc telum retorqueri poteſt: unum eſt inſtrumentum; atqui hoc à creditore retentum; igitur non eſt redditum. Quanquam nec illud ſimpliciter verum eſt, quod ait Bartolus, unum tantùm eſſe inſtrumentum. Unus quidem eſt contractus aut una obligatio: at plures tamen hic eſſe cautiones ſive plura inſtrumenta rectè dicitur. *l. unum.* 24. *ff. qui teſt. fac. l. ult. ff. quæ in teſt. del.* Ad *l. veteribus.* 39. *ff. de pact.* unde primum Bachovii argumentum petitum eſt, reſpondeo, non temere quod Papinianus eo loco de interpretatione verborum pacti ambigui aut obſcuri tradit, trahendum eſſe ad pacta tacita, quæ ex facto aliquo colliguntur, præſertim ad hoc ut donatio interveniſſe præſumatur, & eo quidem etiam caſu, ubi alius iſtius facti finis dari poteſt. Vulgò dici ſolet vel frivolam cauſam excludere donationis præſumptionem, eo quod nemo facilè ſuum jactare velle aut effundere præſumatur. *l. cum de indebito.* 25. *pr. ff. de prob. & ibi DD. Cyn. Bald. & DD. in l.* 3. *C. de non num. pecun.* Ad ſecundum Bachovii argumentum eadem dari reſponſio poteſt, nempe non usque adeò indulgendum eſſe liberationi, maximè ubi de præcedente obligatione conſtat, ut quis ſine cauſa ſuum perdere voluiſſe exiſtimandus ſit. Donare enim, perdere eſt, *d. l.* 25. *de prob. l.* 7. *pr. ff. de donat.* Ad tertium, definitionem *l.* 2. §. 1. *ff. de pact.* reſtringendam eſſe ad caſum, quo una duntaxat cautio, ut plerumque fieri ſolet, expoſita & eadem reddita eſt. Illud enim perraro evenit, ut debitor duo eiuſdem debiti chirographa tradat creditori: quamobrem nec de tali caſu cogitâſſe Juriſconſultum credibile eſt. *arg. l.* 3. *& ll. ſeqq. ff. de leg.* Ad quartum quoque non difficilis reſponſio eſt, nempe cum creditor unum tantùm è duobus eiuſdem debiti chirographis, quæ accepit, debitori reddit, non continuò credendum eſſe, voluiſſe eum debitum remittere, cum alium huius redditionis finem

nem ſibi propoſitum habere potuerit, qui potius præſumendus ſit: nimirum ideo id creditorem feciſſe, quia ex altero, quod retinuit, debitum ſatis probari poſſit, ut ſupervacuum videatur utrumque retinere. Quod ſi animum remittendæ obligationis creditor habeat, cur quæſo, non utrumque reſtituit, ſed alterum retinet? Actus agentium, aiunt noſtri, non operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis.* 19. *pr. ff. de reb. cred.* Poteſt & hic finis addi, ne videatur creditor utraque cautione retenta aliquid malitioſè adversùs debitorem velle machinari. Poſtremum Bachovii argumentum petitum ex *l.* 59. *de legat.* 3. reſponſionem non meretur. Nos enim de eo caſu diſputamus, ubi è duobus chirographis unum redditur ſimpliciter, nec creditor id ſe donare profitetur. Legare autem donare eſt. §. 1. *Inſt. de legat. l. legatum.* 36. *ff. eod.* 2. Nullum enim dubium eſt, quin ſicut donata, ita & legata cautione ſeu chirographo, & vel una, licet plures creditori expoſitæ, nomen ipſum ſive debitum donatum legatumque intelligatur, *d. l.* 59. *de legat.* 3. *l. ſervum.* 44. §. *eum qui.* 5. *eod.* 1. *l.* 3. §. 1. *ff. de lib. legat. cum ſimilib.*

CAP. VIII.

An de controverſiis ex teſtamento ortis rectè tranſigeatur non inſpectis teſtamenti verbis? & quid hic ſtatuendum de pactione gratuita?

IN *l. ſub. prætextu.* 19. *C. de tranſact.* traditur hæc regula, ſub prætextu inſtrumenti poſtea reperti transactio bona fide facta non reſcinditur. Quæ regula officium ſuum perdit ex communi Interpretum noſtrorum ſententia, & meo iudicio vera, ſi transactio facta ſit ſuper controverſia ex teſtamento profecta, non inſpectis cognitisque teſtamenti verbis, atque ex teſtamento poſtea prolato appareat læſum eſſe tranſigentem, & habemus in hanc ſententiam textum expreſſum in *l.* 6. *ff. de tranſact.* ubi hæc verba Gaji leguntur; *De his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt quam inſpectis cognitisque verbis teſtamenti.* cui geminus alter locus eiusdem Gaji in *l.* 1. §. 1. *ff. teſt. quemad. aper.* Cuiacius tamen ad *l.* 1. *ff. de tranſact.* & Æmilius Ferretus putant hanc ſententiam falſam eſſe, & natam ex communi errore. Moventur hiſce rationibus: Primum, quia nulla ſufficiens ratio dari poteſt, cur tranſactio, quæ inter tranſigentes non minorem vim habet, quam res iudicata, *l. non minorem.* 20. *C. de tranſact.* facta ſuper controverſiis ex teſtamento ortis ſub prætextu teſtamenti poſtea reperti reſcindi debeat contra definitionem generalem *l. ſub prætextu.* 19. *C. d. tit.* & ſimiles textus *l.* 10. *l.* 16. *l. nec intentio.* 23. *C. eod. l. in ſumma.* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb.* Sed hoc Cuiacio & Æmilio viſum, dum ſuo indulgent ingenio: nam ſatis ſufficiens vulgò redditur, eoque duplex huius iuris ſingularis ratio; una, ne qui teſtamenta ſupprimunt aut conſulto diutius occultant, iniquum in ſe lucrum capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommiſſarii ad tranſigendum, & modicum fortè præſens, pro relicto alicuius momenti, quod ignorant, accipiendum per *l.* 8. *pr. ff. de tranſact.* Altera, quod alias per huiusmodi tranſactiones facilè circumveniri poſſent ſupremæ hominum voluntates, quas exitum habere, etiam publicè expedire creditur. *l.* 5. *ff. teſt. quemad. aper. Bart. & DD. in d. l.* 6. *Sande lib.* 4. *tit.* 5. *defin* 15. Quæ profectò ratio minimè inepta eſt, quamvis id Cuiacio videatur: nam eadem ratione motus Divus Marcus oratione in ſenatu recitata effecit, ut ne ſuper alimentis teſtamento relictis tranſigi poſſit ſine prætore. *d. l.* 8 *pr. ff. de tranſact.*

Deinde putat Cuiacius *d l.* 6. *ff. de tranſact.* aut peregrinam eſſe, aut à propoſito alienam quippe apud Gaium in *d. l.* 1. §. 1. *teſt. quemad. aper.* tranſigendi verbum non ad conventa, ſed per translationem ad iudicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret partem illius reſponſi in titulum de tranſactionibus coniecit, nempe illam ipſam *l.* 6. cuius tamen ſententia falſa ſit, ſi verbum illud referas ad conventa ſeu compoſita. Ego verò hic deſidero iudicium Cuiacii, & verba hæc. *neque ſine iudice tranſigi,* quæ ſunt Gaii in *d. l.* 1. §. 1. *teſt. quemad. aper.* non ad iudicata aut ſententias iudicum, ſed ad conventiones referenda eſſe contendo: idque vel ex eo ſolo evincitur, quod alioqui verba illa in abſurdam & ſtultam abeunt ſententiam. Quis enim ita loqueretur, *ſine iudice iudicari non poteſt?* aut quis unquam de eo dubitavit? Gaii ſententia minimè obſcura eſt, neque partes tranſigere poſſe de iis, quæ teſtamento relicta ſunt, ſine iudice, apud quem ſcilicet tabulæ aperiri ſolent, neque aliter iudicem

dicem iudicare, quam inſpectis cognitisque verbis teſtamenti: non quod ipſa transactio auctoritatem deſideret iudicis, ſed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, ſi quis iam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter tranſigere poſſit. *d. l. 1. pr. l. 4. l. 5. quemad. teſt. aper. l. teſtamenta.* 18. *C. de teſtam. Weſenb. parat. d. tit. Coſtal. in l. 6. ff. de transact. Borcholt. c. 3. de transact. n.* 14. qui & meritò notant Accurſium, Bart, Bald. quod plus hic tribuant ſententiæ iudicis, quam privatorum transactioni, quaſi iudici liceret etiam ſine inſpectione tabularum ſententiam ferre, privatis non liceret tranſigere. Denique & Græci, quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cuiàcius ſolet, verba Gaii ſic reddiderunt, *περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων οὔτε διαλύεσθαι δύνατὸν, οὔτε τὶ ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ προκομιομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων.* Porrò tria adhuc communi ſententiæ obiiciuntur. Primum reſponſum Scævolæ in *l. Lucius.* 78. §. *ult. ff. ad SC. Trebell.* ubi caſus proponitur, quo poſt tranſactionem interpoſitam reperta ſunt inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuiſſe, quam heres fiduciarius ex cauſa fideicommiſſi reſtituerat: & tamen negat Scævola, ſi transactio intervenerit, amplius fideicommiſſi nomine peti poſſe. Reſpondeo in caſu, quem illic proponit & decidit Scævola credendum omnino eſſe & præſupponendum, omnia legitimè fuiſſe acta, teſtamentum inſpectum fuiſſe, atque ex verbis teſtamenti ſatis conſtitiſſe de fideicommiſſo: neque poſtea aliud voluntatis ultimæ inſtrumentum, puta codicillos, quibus fideicommiſſario plus quàm teſtamento relictum erat; ſed alia, quæ plus in bonis defuncti fuiſſe oſtenderent reperta. Nam codicillis poſtea repertis & prolatis non obſtante tranſactione integra maneret fideicommiſſi petitio. *l. 3. §. 1. ff. de tranſact.* cum iniquum ſit pactione perimi id, de quo cogitatum non eſt, *l. qui cum 9. in fin. ff. eod. tit.*

Obiicitur ſecundò. *l. non eſt ferendus.* 12. *ff. eod.* Reſpondeo, ſatis apparet ex verbis huius loci, factam fuiſſe tranſigenti in ſpecie illic propoſita teſtamenti inſpiciendi copiam, atque ab eo inſpectum lectumque, quamvis fortè oſcitanter, quod ſuæ negligentiæ imputare debet. Plana eſt Juriſconſulti ſententia, nempe non eſſe audiendum eum, qui facta inſpiciendi copia, poſtea cauſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, non etiam quod poſteriore relictum ſit.

Poſtremò ex Joanne obiicit Accurſius, quod tranſactio ſit rei dubiæ & incertæ, at poſt inſpecta teſtamenti verba rem non amplius eſſe dubiam, ſed certam. At quam ieiuna hæc obiectio! quaſi verò adhuc quæri non poſſit de mente & ſententia teſtatoris, de viribus teſtamenti, utrum Falcidiæ locus, &c. Illud obiter moneo, non eò minus ratam eſſe debere tranſactionem, quod adiecta non ſit clauſula, *viſis cognitiſque verbis teſtamenti,* dummodo doceatur tranſigentes gnaros fuiſſe eorum, quæ teſtamento cauta, licet tunc cum interponebatur tranſactio, fortè lectum non ſit. *Bart. in d. l. 6. Ant. Fab. Cod. ſuo for. h. tit. defin.* 1. *Sande lib. 4. tit. 5. defin.* 15.

Reliquum eſt, ut iam examinemus quæſtionis propoſitæ partem alteram, nempe quid hic ſtatuendum de pactione gratuita. Nam cum Gaius citatis locis *l. 6. ff. de tranſact. & l. 1. §. 1. ff. teſt. quemad. aper.* nominatim & tantùm loquatur de tranſactione, quæſitum eſt, an non ſaltem donationis cauſa liceat de controverſiis ex teſtamento dependentibus non inſpectis tabulis paciſci, litemque gratis remittere? Accurſius, cuius ſententiam ſecuti ſunt Bartolus, Bald. & Angel. *in d. l. 6.* putat non magis licere verbis teſtamenti non inſpectis de huiuſmodi controverſiis gratis paciſci, quam accepto aliquo tranſigere. Contra verò Albericus de Roſate, Guilielmus de Cumo, Caſtr. & Jaſ. paciſci [illegible] gratis licere, quamvis tranſigere non liceat: quorum ſententiæ & nos ultro ſubſcribimus. Accurſius, eumque ſecuti argumentum ducunt à paritate rationis, & pro vero falſum ſupponunt, eandem ſc. hic eſſe transactionis & pacti gratuiti rationem. Magna enim & evidens hic inter pactum & transactionem differentia eſt: quippe qui tranſigit, decipi poteſt, accepto fortè minimo pro bona ſumma, cum utique habere velit, quod ſibi teſtamento relictum eſt: at is qui ultro totum remittit, non decipitur, cum nihil habere cupiat: & poteſt unuſquiſque ius ſibi delatum repudiare.

Pro contrariæ ſententiæ firmamento adducit Bartolus *l. 3. l. 9. §. ult. ff. de tranſact. l. tres fratres.* 15. *ff. de pact.* quibus locis pactum & transactio æquiparantur & pari paſſu ambulant. Sed quæ hæc argumentatio eſt? In caſibus dd. locis propoſitis eadem pacti & tranſactionis eſt ratio, ergo & in caſu propoſito. Docent nos Logici non continuò quæ in uno & altero convenire in omnibus, aut in eo, ubi diſpar ratio. Neque nos dicimus pactionem gratuitam valere omni caſu, quo tranſactio non valet;

let; ſed utilem eſſe in quæſtione propoſita, licet tranſactio ſit inutilis. Quid quod omnibus iſtis locis apertè agitur de pacto decidendi cauſa interpoſito, quod nihil aliud eſt, quam tranſactio.

Affertur poſtremò pro eadem ſententia, quod apud Paulum *lib.* I. *ſent. tit.* I. legitur, *de his rebus paciſci nos poſſe, de quibus tranſigere licet.* Reſpondeo, ex eo nequaquam ſequitur, de quibus rebus tranſigere non licet, nec licere paciſci: pactio enim aliquando valida, ubi tranſactio non tenet: verbi gratia, de re judicata, aut jurejurando deciſa, aliaſve certa & liquida tranſactio interpoſita inutilis eſt; pactio donationis cauſa non item. Quamobrem cum textus illi ſupra ſæpe citati. *l.* 6 *ff. de tranſact. l.* I. *§.* I. *ff. teſt. quemadm. aper.* tranſactionem duntaxat in propoſito prohibeant, eaque prohibitio aliquid ſingulare & tranſactionis proprium contineat, nolim eos ad pacta gratuita temere extendere.

CAP. IX.

An vulgaris diſtinctio procuratoris univerſorum bonorum in ſimplicem & cum libera ex ratione juris noſtri defendi poſſit?

QUæri ſolet an mandati generalis hæc vis ſit, ut procurator, cui univerſorum bonorum adminiſtratio permiſſa eſt, poſſit rem quamcunque ad adminiſtrationem ſuam pertinentem pro arbitrio ſuo alienare, in aliumve transferre? Doctores noſtri duo genera hujuſmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio à domino commiſſa eſt, alterum, quibus commiſſa eſt libera, nominatim ſcilicet hoc adjecto: & contendunt Procuratorem cum libera (ſic loquuntur) etiam jus alienandi habere, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui ſimpliciter adminiſtratio, quamvis omnium bonorum, mandata eſt, nihil alienare poſſe, præter fructus aut res alias, quæ corruptioni obnoxiæ. Verùm mihi hæc diſtinctio ſuſpecta ſemper viſa eſt. Etenim cum ex mandato æſtimandum ſit, quid cuique in re aliena liceat, parem eſſe debere utriuſque procuratoris poteſtatem omnino dicendum videtur, & quod uni aut licet, aut non licet, id alteri quoq; in re dominica licere aut non licere. Quid enim intereſt, ſimpliciter alicui bonorum univerſorum adminiſtratio mandata ſit, an mandata adjecto verbo *libera?* Non magis hæc differunt, quàm heres ſimpliciter inſtitutus, & inſtitutus adjecto *ex aſſe*, Adminiſtratio quantumvis ſimpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur; quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam ſi ſpecialiter de ſingulis mandatum eſſet, excepto ſi quid generali cujuſmodicunque mandato non continetur: qualia ſunt, donatio. *l.* 7. *ff de donat.* manumiſſio *l.* 13. *ff. de manumiſſ* rei dominicæ pro alio obligatio. *l.* I. *§.* I. *ff. quæ res pign. obl. non poſſ.* liberatio pignoris aut hypothecæ. *l.* 7. *§.* I. *ff. quib. mod. pign. ſolv.* item, quævis alia juris dominici remiſſio. *l. mandato.* 60. *ff. de procur l. præſes.* 12. *C. de tranſact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio adminiſtrationis. *l. procurator totorum.* 63. *ff. de procur.* [illegible] *l.* 12. *& l. ult. ff. de cur. furioſ. l. procuratorem* 16. *C. de procur. l.* I. *§.* I. *ff. de off. præſ. Caſ.* Hinc eſt, quod ei, cui, licet ſimpliciter, rerum omnium gerendarum provincia mandata eſt, rem domini in judicium deducit. *l.* 12. *ff. de pact.* quod iis tantùm licet, qui domini loco habentur. *l. tutor.* 22. *&* 27. *ff. de adminiſt. tut.* poteſt exigere & accipere. *l.* II. *ff. de pact. l. qui hominem.* 34. *§.* 3. *ff. de ſolut.* creditoribus ſolvere. *l. quodlibet.* 87. *ff. de ſolut. l.* 59 *ff. de proc.* novare. *d. l.* 22. *ff. de adm. tut. l. novare.* 20. *§.* I. *ff. de novat.* tranſigere, jusjurandum deferre. *d. l præſes. C. de tranſact d. l.* 12 *ff. de pact. l. jusjurandum* 17. *§. ult. ff. de jurejur.* modo id faciat in cauſa domini, planè dubia atque incerta & defectu probationum. *arg. l. tutor.* 35. *pr. ff. de jurejur.* neque enim hoc ſic accipi debet, ut tranſigere aut jusjurandum deferre poſſit, etiamſi paratas habeat probationes, quibus id quod intendit, haud difficulter queat oſtendere. *l. mandato.* 60. *ff. de proc. d. l. præſes. C. de tranſact.* Poteſt & rem domini pignori dare, utique ſi mandatum accepit ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuam pecuniam accipere. *l.* 12. *ff de pign. act.* Poteſt denique & vendere, quæ ſervando ſervari non poſſunt. *l. procurator.* 63. *ff. de procurator.* & quatenus negotiorum exigit adminiſtratio, etiam alia quædam ob evidentem utilitatem alienare, *arg. d. l.* 12. *& l. ult. ff. de cur. fur.* Jam ego quæro, an plus in re domini licere debeat ei,

 cui

cui libera adminiſtratio permiſſa eſt? Non puto; utut enim liberrima, adminiſtratio tamen eſt, nihil amplius.

At, inquiunt, procurator, cui generaliter libera adminiſtratio rerum commiſſa eſt, poteſt aliud pro alio permutare, *l. procurator.* 58. *ff. de procur.* Fateor inquam: ſed hoc verum eſt & in eo, cui ſimpliciter bonorum omnium adminiſtratio commiſſa: in utroque autem hoc ſic accipiendum, ſi conditio & ratio adminiſtrationis id flagitet. Atque eodem modo temperandum & explicandum, quod apud Gajum *l.* 9. §. 4. *ff. de acq. rer. dom.* & apud Juſtinianum §. *nihil autem.* 42. *Inſt. de rer. diviſ.* relatum eſt, eum, cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa eſt, rem ex negotiis ſibi commiſſis vendendo & tradendo facere accipientis. Planè poteſt mandatum ita concipi, ut poſt generalem clauſulam quædam etiam ſpecialiter exprimantur, quæ alioqui aut non conceſſa, aut non tam planè conceſſa intelliguntur. Cujuſmodi mandati exemplum & formulam habemus apud Scævolam in *l. creditor.* 60. §. *Lucius.* 4. *ff. mand.* Inſtant porrò hoc modo, ſi filiusfam. & ſervus, liberam peculii adminiſtrationem habentes, res peculiares diſtrahere & alienare poſſunt, ſine ſpeciali voluntate patris aut domini: ergo & procurator, cui libera rerum domini adminiſtratio conceſſa eſt, poterit eas res ſine ſpeciali domini mandato ſimiliter alienare. At verum eſt antecedens. *l. ſi convenerit.* 18. §. *ult. & l. ſeq. ff. de pign. act. l. ſi quis.* 41. §. 1. *ff. de rei vind. l. contra.* 28. §. *ult. ff. de pact. l.* 8. §. 5. *ff. quib. mod. pign. ſolv. l.* 10. *C quod cum eo, qui in al. pot.* ratio autem connexi per ſe ſatis videtur manifeſta. De connexione mox videbimus. Concedimus interim antecedens: ſed hoc dicimus, nihil intereſſe utrum ſervo aut filio peculii adminiſtratio permiſſa ſit, adjecto, an omiſſo verbo *libera*: nam & liberam permiſſam intelligi cum ſimpliciter permiſſa eſt: nec uno caſu plus juris contineri ſervove aut filiofam. tribui, quam altero; Hujus rei certiſſimum argumentum eſt, quod eadem omnia, quæ ſuperioribus locis conceduntur, liberam peculii adminiſtrationem habentibus, alibi permittuntur etiam iis, quibus ſimpliciter peculii adminiſtratio commiſſa. *l.* 13. *in fin. pr. ff. de cond. ind. l. pen.* §. 3. *ff. de diverſ. & temp. praſcr. l.* 48. §. 1. *ff. de pecul l. ult. ff. de novat.* Alterutrum igitur dicendum eſt, aut procuratores omnium bonorum, ſive ſimpliciter ſive cum libera conſtitutos, ſimiliter poſſe res domini quaslibet alienare & diſtrahere, ut ſervi aut filii, qui ex permiſſu domini aut patris peculii adminiſtrationem habent, diſtrahere & alienare poſſunt res peculiares: aut falſam eſſe propoſitionis in ſuperiore ſyllogiſmo connexionem; eo quod plus in hoc caſu liceat ſervis & filiisfam. quam bonorum procuratoribus. Prius ne ipſi quidem interpretes admittunt, niſi in procuratore conſtituto cum libera: alterum ergo dicamus neceſſe eſt, argumentationem à ſervis & filiis peculii adminiſtrationem habentibus non procedere ad bonorum noſtrorum procuratores. Nec ratio diverſi juris adeò obſcura eſt: idcirco enim ſervis & filiisfam. peculii libera adminiſtratione conceſſa, rerum quoque peculiarium diſtrahendarum facultas conceſſa intelligitur, quia peculium eſt quaſi proprium quoddam patrimonium ipſius ſervi filiive familias à ſubſtantia & rationibus domini patriſve ſeparatum atque abſtractum. *l.* 5. §. 3. & §. 4. *l. peculium.* 39. *ff. de pecul.* quod in procuratore diverſum eſſe manifeſtum eſt. Adde quod una eademque ſervi & domini, una patris & filii perſona eſſe videtur. §. 4. *in fin. Inſt. de inut. ſtipul. l. ult. in fin. C. de impub. & al. ſubſt.* Planè non magis ſervi aut filiifam. quantumvis liberam peculii adminiſtrationem habentes, injuſſu patris aut domini donare poſſunt, quam rerum noſtrarum liberi adminiſtratores. *l.* 1. §. [illegible] *ff. quæ res pign. oblig. l.* 7. *pr. ff. de donat.* cum ſimilib. Hæc eadem & Duareni ad *l.* 1. §. *per procuratorem.* 20. *ff. de acqu. poſſ.* Donelli *lib.* 4. *comm. c.* 15. Vaudi *lib.* 1. *var. quæſt.* 47. ſententia eſt.

CAP. X.

An rectè Interpretes ſtatuant, reſtitutionem in integrum eſſe remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire judicium, reſcindens & reſciſſorium.

Reſtitutio in integrum eſt cauſæ jure amiſſæ redintegratio: ita definitur ab Impp. in *l.* 2. *C. in quib. cauſ. in integ. reſt. nec non eſt*, ajunt, *cauſa amiſſa*; nam ubi cauſa amiſſa non eſt, reſtitutione non eſt opus, *l. in cauſa* 16. *pr. ff. de minor. l.* 3. *C. de in int. reſt. min.*

Ajunt,

Ajunt, *redintegratio*, quoniam impetrata reſtitutione in integrum, omnia in priſtinum ſtatum reducuntur tam ex parte adverſarii, quam ex parte reſtituti. Omnis enim reſtitutio eſt reciproca. *l. quod ſi minor* 24. §. 4. *ff. de minor. l.* 1. *& l.* 2. *C. ſi adv. tranſact.* Paulus *lib.* 1. *ſent. tit.* 7. definit rei redintegrandæ actionem. At enim ipſa reſtitutio in integrum propriè actio non eſt, ſed res, quæ petitur & poſtulatur à magiſtratu.

Dicitur tamen actio figuratè, ut ex contento continens intelligamus, ex reſtitutione poſtulationem litigatoris, quæ eam continet: quomodo etiam ſtipulationes prætoriæ actionis verbo contineri dicuntur. *l. actionis* 37. *ff de oblig. & act.* Hæc habeto ὡς ἐν προθεωρίᾳ. Occurrit autem in hoc argumento geminus interpretum error, tum quod reſtitutionem in integrum pro judicio & auxilio habent extraordinario, tum quod duplex hic interceſſiſſe judicium, reſcindens & reſciſſorium, imaginantur. Uterque error natus eſt ex veteris juris ignorantia. Prior ſtatim apparebit, atque cognoverimus quid ſit judicium ordinarium, quid extraordinarium. Ordinarium jus ſive judicium eſt, quod per actiones & interdicta, per Judices datos, ſine prætoria cognitione civiliter exercetur, ut diſcere poſſumus ex *l.* 1. § 2 *ff ſi ventr nom mul in poſſ. l. ult. ff. de privat. del. l.* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui in poſſ. l.* 178. §. 2. *ff de verb. ſign* &c. Suetonius in *Claud. c.* 15. *Alium*, inquit, *interpellatum ab adverſariis de propria lite, negantemque cognitionis rem, ſed juris ordinarii eſſe, agere cauſam confeſtim apud ſe coëgit.* Extraordinarium eſt, quod præter conſuetum judiciorum morem & ordinem exercetur prætore ipſo ex officio cognoſcente, non judicem dante. Cujus generis ſunt, cognitio de honorariis profeſſorum liberalium artium, medicorum, advocatorum, &c. *tit. de extraord cogn. l* 7. *ff l.* 1. *C. mandat.* Item de fideicommiſſis. *l.* 178. §. 2 *de verb ſign.* de tranſactione alimentorum. *l.* 8. §. 18. *de tranſact.* & ſi quæ ſunt cauſæ ſimiles. Hæ autem cauſæ cum eſſent extraordinariæ, & ab ipſo prætore diſceptarentur, ſolebat prætor in edicto pro illo uſitato & tralatitio verbo *judicium dabo*, aliud uſurpare, videlicet *animadvertam. l.* 1. §. 1. *ff. de minor. l.* 15. § *ait prætor.* 25. *ff de injur.* Itaque nec harum cauſarum ullæ certæ & ordinariæ erant actiones aut formulæ. *l.* 24. § *ult. ff. de minor.* Hotom. *lib.* 7. *obſ.* 4. Duar. *in l.* 7. §. 2. *de pact.* Briſſon. *lib.* 5. *&* 13 *de verb. ſignificat.* Nunc videamus an cauſas reſtitutionis in integrum prætor ſuæ jurisdictioni & cognitioni extra ordinem reſervarit, an more judiciorum ordinario atque uſitato judicem in his actionemque dederit? Non ipſum prætorem hic judicaſſe, ſed judicium dediſſe arguunt verba edictorum omnium, quæ huc pertinent, dempto uno de minoribus. *l. item ſi* 14. §. 1. *ff. quod met. cauſ. l.* 1. §. 1. *ff de dol. mal. l.* 2. §. 1. *ff de cap. min. l.* 1. *ff. de alien. jud. mut. cauſ. l.* 1. *in fin. ff. ex quib. cauſ. major.* ubi prætor læſis reſtitutionem pollicetur data actione reſciſſoria. Hinc jam perſpicuè apparet, judicia hæc non eſſe extraordinaria, ſed ordinaria: eoſque perſpicuè errare, qui aut hæc ſola aut quod minus ferendum, cætera quoque beneficia prætoria extraordinaria eſſe remedia exiſtimant, quos vel ſolæ refellunt bonorum poſſeſſiones; ut omittam actiones prætorias Publicianam, Paulianam, Servianam, de conſtituta pecunia, ex jurejurando, de receptis, de dejectis & effuſis, & innumeras alias. Excipitur ſola reſtitutio, qua minoribus 25. annis lubrico ætatis læſis ſuccurritur, quam prætor ſuæ juriſdictioni reſervavit: & ideo in hac cauſa non ait ſe actionem aut Judicem daturum ex more judiciorum ordinario, & conſueto: ſed uti quæque res erit, animadverſurum. *l.* 1. §. 1. *ff. de minorib.* Unde Paulus in *l. quod ſi minor.* 24. §. *ult. eod. ex hoc edicto*, inquit, *nulla propriè actio vel cautio proficiſcitur: totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* Cæteræ verò dantur in modum actionis ordinariæ, ut jam demonſtravimus. Planè ſi quis reſtitutiones conſideret, quatenus in ſubſidium & ferè non niſi aliis actionibus deficientibus conceduntur, quin hoc ſenſu remedia extraordinaria rectè dicantur, nemo inficias ibit, *l. in cauſa.* 16. *pr. ff. de minorib.*

Alter error interpretum eſt, quod duplex hic intervenisse judicium imaginantur, reſcindens & reſciſſorium, duplicem libellum, duplicem litis conteſtationem, & ſententiam. Cui errori cauſam dedit edictum, ex quibus cauſis major, & textus in *l. qui proprio* 46. §. *item quæritur. ff. de procur.* Reſtituuntur majores variis ex cauſis, & inter alias, ſi eorum ex neceſſaria aut juſta cauſa abſentium res uſucapta ſit. *l.* 1. *ff. ex quib. cauſ. major.* §. *rurſus.* 5. *Inſt. de actionib.* Hoc autem caſu ait Juſtinianus permitti domino reverſo reſciſſa uſucapione rem petere, cui ſimile, quod ait Paulus in *l in honorariis.* 35. *ff. de oblig. & action.* ei, cujus abſentis res uſucapta eſt, reſciſſa uſucapione actionem dari, quæ ſcilicet eſt illa actio in rem prætoria, quam noſtri paſſim reſciſſoriam vocant. *l. nec non* 28. § *ult. ex quib.*

 cauſ.

cauſ. maj. l. ult. C. eod. l. nullo. 24. C. de rei vind. nonnunquam & reſtitutoriam. *l. 3. §. 1. ff. de eo per quem fact. er. l. qui proprio. 46. §. 2. ff. de procur.* Cæterùm loca iſta nequaquam ſic intelligenda ſunt, quaſi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor reſcindat uſucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur res reſtitui: ſed ideo dicitur reſciſſa uſucapione hæc actio dari, quia prætor eam concedendo vi ipſa ſimul uſucapionem reſcindit, dum permittit veteri domino ſic agere, ut petat rem ſibi à poſſeſſore reſtitui, perinde ac ſi nulla uſucapio intervenisset. *l. 1. §. 1. l. ſed & ſi 26. §. ſi feriæ. l. nec non 28. §. pen. ff. ex quib. cauſ. maj. l. ult. C. eod. l. nullo. 24. C. de rei vind.* ex quibus locis perſpicue patet, reſciſſionem uſucapionis in ipſa datione actionis conſiſtere, prætorèmque dici reſtituere, cum actionem reſciſſoriam petenti concedit. *fac. l. 2. §. 1. ff. de cap. minut.* hoc ipſum & Ludovicus Gomeſſius odoratus eſt in *d. §. rurſus ex diverſo. Inſt. de actionib.* ſed explicare non potuit, aut ſolide confutare communem errorem. Porro nullum decretum hic anteceſſiſſe, quo quod geſtum eſt, reſcinderetur; ſed reſciſſionem & reſtitutionem in ipſa datione actionis conſiſtere, prætoremque dici reſtituere actionem reſciſſoriam dando, argumento eſt, quod apud Juſtinianum legimus in §. 3. *Inſt. de action.* formula actionis reſciſſoriæ petitorem intendere poſſeſſorem uſu non cepiſſe, quod uſucepit; quæ utique formula non convenit actioni priſtinæ per reſciſſionem reſtitutæ: neque enim remota judicio reſcindenti uſucapione, huic formulæ & intentioni locus eſſe poteſt. At enim inquiunt, Impp. in *l. ult. C. quib. ex cauſ. major.* ajunt actionem reſciſſoriam, quam utilem ibi vocant, dari reſtitutis in integrum. Reſpondeo, hoc ipſum confirmare, quod nos dicimus, nempe in conceſſione actionis reſciſſoriæ ipſam reſtitutionem eſſe poſitam: atque Interpretes abuti textibus juris, qui reſciſſa uſucapione utilem ajunt reddi actionem, quippe quo nihil aliud ſignificetur, quam quod cum prætor cauſa cognita actionem concedit, perinde habeatur inſpecto exitu, ac ſi uſucapio reſciſſa eſſet: eaque verba reſpicere effectum formulæ, qua poſſeſſorem non uſu cepiſſe intenditur.

Sed quid reſpondemus ad *l. qui proprio. 46. §. 2. ff. de procur.* ubi ſic Gajus lib. 3. ad edictum provinciale: *Item quæritur, ſi judicium acceperat defenſor, & actor in integrum reſtitutus ſit, an cogendus ſit reſtitutorium judicium accipere? & magis placet cogendum.* Hæc objectio videtur eſſe alicujus momenti: nam ex eo loco rectè colligi videtur, eſſe aliquod judicium reſtituens ſive reſcindens, quod præcedat reſtitutorium ſive reſciſſorium. Sed non eſt tanti ponderis, ut plerique exiſtimant. Agitur illic de defenſore, qui eandem vicem ſubire cogitur, quam ipſe reus, *l. minor. 51. §. 1. ff. de procur.* Ponamus itaque caſum, quo contra minorem rem aliquam petentem ſive actione in rem ſive in perſonam, pro defenſore alienæ litis ſententia lata eſt, & minorem beneficio ætatis in integrum reſtitutum, data actione reſtitutoria. Hic defenſor cogendus eſt etiam judicium reſtitutorium ſive actionem reſciſſoriam accipere, quam etiam in ſe hoc ipſo, quod alienæ litis defenſioni ſe obtulit, ſuſcepiſſe intelligitur. Ubi autem hic duplex judicium, reſtituens & reſtitutorium? Conjicere licet, errorem hunc manaſſe ex ignoratione ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus ferè actionibus occurrebat ſpecies quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem ſive magiſtratum tractabantur, quædam apud judices datos: cæterum re vera unum tantum erat judicium, ideoque unus tantum libellus, una litis conteſtatio, una ſententia deſiderabatur. [illegible] apud prætorem non inſtituebatur judicium, ſed conſtituebatur à prætore data actione & judice, qui de re cognoſceret. Unde nec illa quæ apud prætorem fiebant, in judicio, ſed in jure fieri paſſim dicuntur. Reſtringitur autem vulgo neceſſitas duplicis judicii reſcindentis & reſciſſorii ad edicta, quibus vel propter ætatem, vel propter abſentiam læſis ſubvenitur. *Mynſing. 2. obſ. 25. Oldendorp. claſſ. 6. act. 8.* nec mirum, nam in actione de dolo, quod metus cauſa, ex edicto de alienatione judicii mutandi cauſa facta, & quæ datur in debitorem capite minutum, ſimplicitas & unitas judicii minus evidens & conſpicua eſt.

CAP. XI.

Quale ſit beneficium reſtitutionis in integrum, reale an perſonale: & an fidejuſſoribus quoque proſit?

QUidam putant reſtitutionem in integrum eſſe beneficium reale, moti hiſce ferè rationibus. 1. Quia non tantum læſis ipſis; ſed etiam heredibus eorum datur. *l. non ſolum. 6. ff. de in int. reſtit.*

l. 3.

l. 3. §. Pomponius. 9. l. minor. 18. §. ult. ff. de minor. 2. Quia & ad ſucceſſorem ſingularem tranſire poteſt; videlicet ex facto & voluntate minoris, ſi minor alicui hoc auxilium ceſſerit. *l. quod ſi minor. 24. pr. ff. d. tit. l. alterius. 20. §. 1. in fin. ff. de tut. & rat. diſtr.* nempe non ceditur officium judicis, ſed jus implorandi officium judicis, quod actionis inſtar habet. *l. actionis. 37. ff. de obl. & act. vid. Mynſing. 4. obſ. 18. & ſeq.*

Sed magis eſt, ut hoc beneficium pro perſonali habendum ſit: neque enim rei aut cauſæ beneficium dici poteſt, quod variis ex cauſis perſonis læſis, lapſis aut circumventis conceditur. Et cum quæritur, an beneficium aliquod vel actio in rem ſit, id non tam ex eo, cui, quam adverſus quem detur, æſtimandum eſt. *l. actionum. 25. ff. de obl. & act.* Non obſtant loci in contrarium adducti. Nam ſi omnia, quæ heredibus competunt, eſſent realia, nullæ ferè eſſent actiones perſonales: quippe quæ omnes heredibus quoque competunt, tamerſi pœnales ſint ex maleficio, excepta una injuriarum, & ſi qua alia ſimilis inveniatur. *§. 1. Inſt. de perp. & temp. act.* Nec valet hæc argumentatio, cedi poteſt reſtitutionis auxilium, ergo eſt beneficium reale: nam omnes actiones in perſonam cedi poſſunt. Fatemur privilegia perſonalia, ſeu quæ certis perſonis tribuuntur, non tranſire in heredem, ſed cum perſonis, quibus tributa ſunt, finiri. *l. privilegia. 196. ff. de reg. jur.* at reſtitutio in integrum non competit jure privilegii in ſpecie ſic dicti, aut tanquam jus aliquod ſingulare, ſed magis tanquam remedium juris communis, & quod inſtar eſt actionis ordinariæ: non enim ex mera tribuitur gratia; ſed ipſa quoque juſtitia & æquitate dictante, quam ob cauſam etiam favorabile cenſetur. *Sfort. Odd. p. 1. q. 1. art. 14. & q. 50. art. 1. de reſt. in integr.* licet ſuo ſenſu verum, quod detur contra jus civile. *l. 35. in fin. pr. ff. de obl. & act.* Porro beneficium reſtitutionis in integrum non eſſe reale ex eo quoque liquet, quod non prodeſt conſorti: ut ecce, duo fratres conſortes, unus major 25. annis, alter minor, de hereditate paterna cum tertio aliquo tranſegerunt: hic minori quidem fragilitate ætatis læſo ſuccurretur, & proderit minori reſtitutio, cæterum pro parte duntaxat ſua, quatenus ſcilicet ipſius intereſt: fratri autem majori non proderit. *l. un. C. ſi in comm. ca. in int. reſt. poſtul.* Quod ſi reſtitutio minoris, ut interdum fit, ſocio quoque profit, id propriam rationem habet; veluti ſi agatur de re natura ſua individua, puta ſervitute communi fundo debita: hic enim non niſi in ſolidum reſtitutioni locus eſſe poteſt, nec minor commodum reſtitutionis ſentire, niſi conſorti quoque ſuo profit. *l. ſi communem. 10. ff. quemad. ſervit. amitt.* aut ſi fundo, quem minor cum alio communem habebat, vendito, & minore in integrum reſtituto, emptoris interſit contractum in totum reſcindi propter incommoda communionis. *l. tutor. 47. §. 1. ff. de minor.* Cæterum in tota hac quæſtione diſtinguendum videtur inter cauſas reſtitutionum: ſiquidem actio de dolo, de alienatione judicii mutandi cauſa facta, reſtitutoria ex edicto de capite minutis merè ſunt perſonales: actio quod metus cauſa origine ſua & ipſa perſonalis, ut tamen in rem ſcripta ſit: actio reſciſſoria ex capite de majoribus fere in rem eſt: reſtitutio minorum imploratur contra eum, cum quo contraxerunt: quanquam interdum & adverſus tertium poſſeſſorem actio porrigatur, quod ſpeciale eſt, *l. in cauſa. 13. §. 1. ff. de minor.*

Altera illa quæſtio, an beneficium reſtitutionis fidejuſſoribus quoque profit, in cauſa minorum præcipuè agitatur; nam exceptionem doli mali & metus, etiam fidejuſſoribus competere certi atque explorati juris eſt. *l. 7. §. 1. ff. de except.* Quæritur ergo an hoc beneficium profit etiam minorum fidejuſſoribus. Non prodeſſe reſponſum eſt *l. in cauſa. 13. pr. ff. de minor. l. 7. in fin. ff. de except. l. 1. l. 2. C. de fidejuſſ. min.* ex adverſo prodeſſe *l. minor. 51. ff. de procur. l. ſi pupillus. 89. ff. de acq. her. l. 2. §. 1. ff. de adminiſtr. tut. l. 3. §. 4. verſ. ſed an hoc auxilium. ff. de minor.* Hæc loca in ſpeciem contraria variè conciliantur, & quidem fere trifariam.

Pleriſque cum Accurſio in *d. l. minor.* placet hæc diſtinctio, aut creditor, qui cum minore contraxit, non poteſt aliter indemnis eſſe, niſi ſaltem adverſus fidejuſſorem ei actio detur; aut poteſt. Priore caſu cenſent, reſtitutionem fidejuſſori non prodeſſe, ſed efficaciter poſſe cum eo agi: quia creditor ob hunc ipſum metum reſtitutionis & remedii prætorii fidejuſſorem à minore accipit. *d. l. 13. pr. de minor.* nec tamen fidejuſſorem adverſus minorem habere regreſſum; quoniam & contra ipſum fidejuſſorem, ne mandati actione experiatur, reſtituitur. *d. l. 13. l. 7. in fin. ff. de except. l. 1. C. de fidejuſſ. min.* Plane ſi dolo minoris deceptus fidejuſſor eum majorem putavit, mandati actio efficax eſt, quia in delictis minori non ſuccurritur, quæ ſententia eſt. *d. l. 1. C. de fidej. minor.* Poſteriore caſu, ubi ſalva eſt cre-

creditori judicii in alium translatio, etiam ſubveniri fidejuſſori, ut in ſpecie *d. l. minor.* 51. *ff. de procur.* ubi creditori ſeu actori ſalva manet, contra principalem reum actio. Item in caſu *l. ſi pupillus.* 89. *ff. de acq. her.* ubi creditoribus ſalva eſt actio contra heredes legitimos, ſi qui alii ſint præter minorem reſtitutum; vel contra coheredes adeuntes. Et ad hunc poſteriorem caſum quoque pertinere *l.* 2. §. 1. *ff. de admin. tut. item l.* 3. §. 4. *verſ. ſed an hoc. ff de minor.* Diverſi juris hanc eſſe rationem, quia ſicut æquum eſt creditorem in damno non morari, ita eandem æquitatem ſuadere, ut fidejuſſori ſuccurratur, ſi creditori aliter conſultum ſit.

Alii pro regula ponunt fidejuſſores minorum beneficio reſtitutionis non juvari, quaſi ſua conventione hoc auxilium repudiaſſe videantur per *d. l.* 13. *pr. ff. de minor. fac. l.* 3. §. 4. *verſ. ſed an hoc. eod.* ubi dicitur interdum & fidejuſſori hoc auxilium prodeſſe: unde recte colligas, regulam eſſe in contrarium. Excipiunt autem caſum, quando fidejuſſor intercedit pro minore certæ perſonæ qualitatem induente, quam deinde exuat beneficio ætatis; veluti ſi fidejubeat pro minore tanquam defenſore alienæ litis, & promittente judicatum ſolvi, ut in ſpecie *d. l. minor.* 51. *ff. de procur. l.* 2 § 1. *ff. de adm. tut.* aut tanquam herede, ut in ſpecie *d. l. ſi pupillus* 89. *ff. de acq. her.* Eum enim, qui pro his quatenus tales ſunt, intervenit, apertè id agere, ut ne teneatur depoſita hac qualitate. *Donell.* 21. *comm. cap.* 14.

Ant. Faber *lib.* 8. *conject.* 3. *& ad l.* 13. *ff. de minor.* alia adhibita diſtinctione rem hanc expediendam putat, & nimirum intereſſe, utrum fidejuſſor pro minore intervenerit, tanquam pro alio quolibet, ſeu quomodo interveniret etiam pro majore; quod in dubio ſit præſumendum, etiamſi ſciverit conditionem minoris; an quaſi pro minore & contemplatione juris prætorii, id eſt, ob eam duntaxat cauſam, ut creditori cautum eſſet, qui alioqui propter incertum ætatis ac reſtitutionis cum minore non contraxiſſet. Priore caſu prodeſſe fidejuſſori reſtitutionem à minore impetratam, perinde ac ſi à majore impetrata eſſet. Poſteriore vero non prodeſſe. Atque hanc diſtinctionem etiam Senatui Sabaudiæ placuiſſe teſtatur idem Ant. Faber *Cod. ſuo. for tit. de fidei. min. defin.* 1. *& tit. qui & adv. quos in int. reſt. defin* 2.

Ex tribus autem hiſce diſtinctionibus expeditiſſima & tutiſſima mihi videtur ſecunda: nam ratio primæ in caſu, quo etiam fidejuſſori ſuccurratur, non convenit ſpeciei *l. ſi pupillus.* 89. *ff. de acq. her.* Quid enim ſi nemo adeat hereditatem, ut quæ ſuſpecta ſit, nec omnino idonea? Quid enim ſi vetus aut alia actio propter inopiam aut abſentiam debitoris inanis ſit? Nec quod ad tertiam attinet, Ant. Fabro concedendum, fidejuſſorem minoris, quem ſcit minorem eſſe, in dubio non intelligi contemplatione juris prætorii interceſſiſſe: Imo cum fidejuſſor in hoc accipiatur ab eo, qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat, propter metum reſtitutionis. *d. l.* 13. *pr. ff. de minor.* contrarium potius præſumendum: & ſibi imputet fidejuſſor, quod minoris conditionem non ignorans pro eo intervenerit. Quod vero fidejuſſori, qui minori heres extitit, ſalvum manet reſtitutionis auxilium, *l. Stichum.* 95. §. 3. *ff. de ſolut.* in eo fidejuſſoris eadem cum cæteris heredibus conditio eſt. *l.* 6. *ff. de in int reſt. l.* 3. §. *Pomponius.* 9. *ff. de minor.* Neque enim fidejuſſori qua fidejuſſori, ſed qua heredi ſalvum manet. Item quod placuit fidejuſſori qui pro minore dolo adverſarii circumſcripto intervenit, prodeſſe exceptionem doli mali, quæ minori ex hac cauſa competit. *d. l.* 7. §. 1. *ff. de except. l.* 2. *C. de fidei. min.* hoc ex eo eſt, quod hæc exceptio ex parte objicientis in rem potius eſt, quam in perſonam. *l.* 2. §. 1. *&* §. 2. *ff. de dol. mal. exc.* ac proinde ex earum genere, quæ vel invito debitore competunt fidejuſſori, *d. l.* 7. §. 1. *ff de except. l. & heredi.* 21. §. *ult. l. ult. ff. de pact.* Cui adde quod etiam majoribus eadem ex cauſa eadem exceptio detur. Cæterum non hoc ſolo caſu, quod quidam putant, reſtitutio fidejuſſori prodeſt, ut jam demonſtravimus. Unicum adhuc eſt, quod hic objici ſolet, nempe generalis illa regula, quæ definit in omni genere liberationis liberato reo principali liberari etiam acceſſiones. *l. in omnibus.* 43. *ff. de ſolut.* Sed huic objectioni ſic reſpondendum, regulam illam toties procedere & veram eſſe, quoties principalis obligatio aut ipſo jure tollitur, aut ſummovetur per exceptionem jure communi competentem, qualis eſt exceptio pacti, rei judicatæ, jurisjurandi, ſenatuſconſulti Vellejani, &c. Secus autem eſt, quando manente obligatione tam naturali quam civili perſona rei duntaxat ſubducitur, ſicut fit, cum minor reſtitutione utitur per *l. ult. ff. de duob. reis.*

CAP.

CAP. XII.

An dolus dans cauſam contractui bonæ fidei, eum reddat ipſo jure nullum?

QUæſtio hæc agitata eſt inter Doctores Citramontanos & Ultramontanos, quorum illi affirmant bonæ fidei contractum, cui dolus cauſam præbuit, ipſo jure nullum eſſe; hi negant. Illos ſequuntur *Cujac. Coſtal. Buſ. ad l. 7. ff. de dol. mal. Don. Mynſ. Zaſ. in* §. *actionum.* 28. *Inſt. de act.* Hos *Coraſ. 2 miſcell.* 8. *Robert. lib.* 3. *animadv.* 1. 2. & 4. Nos hic Citramontanorum caſtra ſequemur: in quæ & ſuprema Curia Hollandiæ conceſſit *deciſ.* 5. Primum hoc dicimus in contractu bonæ fidei, nullam circumſcripto competere actionem de dolo; Nam aut cauſam contractui bonæ fidei dedit dolus, & contractus, ut nunc ſupponimus, ipſo jure nullus eſt; ut puta nulla eſt venditio, nulla ſocietas, ſi quis cum animum contrahendi non haberet, in hoc circumſcriptus eſt & dolo adverſarii adductus, ut venderet. *d. l. 7. ff. de dol. mal.* aut ſocietatem contraheret. *l. in cauſa.* 16. §. 1. *ff. de minor.* aut dolus incidit circa partem aliquam in contractum bonæ fidei, puta circa rei valorem aut traditionem aut pretii numerationem, & purgatur per actionem ex ipſo contractu deſcendentem. *d. l. 7.* §. 3. *ff. de dol. l. Julianus.* 13. §. 4. & 5. *ff de act. empt. l. 2. C. eod.* aut ſi conveniatur, qui dolum paſſus eſt, purgatur exceptione doli, quia exceptiones doli inſunt bonæ fidei judiciis. *l. ſed & ſi.* 21. *ff. ſolut. matrim. l. hujuſmodi.* 84. §. 5. *ff. de legat* 1. In ſtricti autem juris contractibus non idem doli effectus eſt. Hic enim ſive cauſam contractui dolus dederit, non reddit eum ipſo jure nullum; ſive inciderit & in aliqua parte tantum acceſſerit, non purgatur actione ex contractu deſcendente, quæ ſtricti juris eſt: ſed ſpectatur duntaxat, utrum is, qui per dolum obligatus eſt, impleverit contractum, nec ne: ſi nondum implevit, exceptione doli mali agentem repellere poteſt. *l. ſi quis.* 36 *ff. de verb. oblig. l.* 5. *C. de inut. ſtipul.* actionem autem de dolo non habet quippe quæ nec cum exceptione doli concurrit. *l. ult. ff. de dol. mal.* Sin autem implevit contractum, jam quia exceptionem doli non habet, ſi cætera quoque remedia ei deſint, dabitur ei actio de dolo, tanquam ultimum ſubſidium. *Zaſ. Duar. Cujac. Donell. in d. l.* 36. *de verb. oblig.*

Illud autem hic quæritur, an verum ſit quod cum Citramontanis aſſerimus, ubi dolus cauſam præbet contractui bonæ fidei, contractum ipſo jure nullum eſſe; cum ſecus ſe res habeat in ſtrictis judiciis. Et verum eſſe ſatis perſpicue demonſtrat textus in *l. 7. pr. ff. de dol. mal.* ubi juriſconſultus diſerte ait, nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo circumſcriptus fuerit minor, ut venderet, & notanda eo loco oppoſitio caſuum. Nam dum ait nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, minor circumventus ſit, caſum hunc opponit caſui antecedenti, quo dolo incidente, non cauſam dante contractus ipſo jure valet. Non obſtat, quod juriſconſultus utroque caſu actionem de dolo in manumiſſum dat: ſiquidem Ulpianus ut ſententiam Juliani dicentis actionem de dolo in manumiſſum dari, qui à domino minore decepto venditus & ab emptore manumiſſus erat, conciliaret cum vulgata regula, quod actio de dolo cum alia actione non concurrit, cum hic videatur ſupereſſe ex vendito, docere voluit ſententiam iſtam Juliani duobus caſibus procedere. 1. quando emptio venditio valet, ſed emptor dolo caruit, ut non poſſit ob dolum à ſervo commiſſum actione ex vendito conveniri. 2. ubi emptor in dolo fuit, ſed minor in hoc ipſo fuit circumſcriptus, ut venderet, & ita dolus venditioni cauſam præbuit: quo caſu cum venditio ipſo jure nulla ſit, ſola ſupereſt actio de dolo.

Probatur hæc eadem ſententia, nec minus evidenter, ex *l. in cauſa.* 16. §. 1. *ff. de minor.* ubi & majore 25. annis circumſcripto in ſocietate ineunda, contractus dicitur eſſe nullus, & minori eodem caſu negatur opus eſſe reſtitutione in integrum, quæ utique ei neceſſaria eſſet, ſi contractus ſubſiſteret. Addunt alii & textum in *l.* 3. §. *ult. ff. pro ſoc.* quo loco Paulus ſic ſcribit; *Societas, ſi dolo malo aut fraudandi cauſa coita ſit, ipſo jure nullius momenti eſt: quia fides bona contraria eſt fraudi & dolo.* Sed, ut verum fatear, alia videtur hujus loci eſſe ſententia, nimirum eam ſocietatem ipſo jure nullius eſſe momenti, quæ eo animo & propoſito contracta ſit, ut ejus occaſione alii fraudentur & circumveniantur: quia rei turpis & illicitæ nulla in univerſum ex ullo contractu obligatio eſt. *l.* 6 §. 3. *ff. mandat. l. nec prætermittendum.* 57. *ff pro ſoc. l. generaliter.* 26. & *ſeq. ff. de verb. oblig.*

Reſtat

Reſtat jam, ut examinemus & diluamus argumenta, quibus Ultramontani eorumque ſectatores adducti in contrariam ſententiam iverunt. Sed prius quam eo deveniamus, monendi ſumus in diſtinctione contractuum bonæ fidei & ſtricti juris, bonam fidem non ſimpliciter opponi dolo; quippe quem ab omnibus contractibus, etiam à ſtipulatione & mutuo abeſſe oportet. *l.* 4. *C. de oblig. & act.* ſed quadantenus tantum & ſecundum quid, nempe quatenus plenior & exuberantior fides in contractibus bonæ fidei deſideratur, eorumque naturæ magis adverſatur dolus malus: quod Impp. in *l.* 5. *C. de reſc. vend.* ſignificant, cum ajunt, dolum contrarium eſſe bonæ fidei, quæ in hujuſmodi maxime contractibus exigitur. Et ratio eſt, quia in his alter alteri obligatur in id, quod ex bona fide, ex bono & æquo præſtari oportet, etiamſi de eo nihil cautum ſit. *§. in bona.* 30. *Inſt. de action. l.* 2 *§.* 3. *ff. de obl. & act.* & hinc eſt, quod etiam potentius operetur dolus, ad impediendam originem obligationis, in contractu bonæ fidei, quam ſtricti juris; dolus, inquam, contractui cauſam dans: nam incidens contractum nullum facere non poteſt.

Ultramontani tamen Petrus, Cynus, Joan. Faber, & recentiores nonnulli, ſicut diximus, ab hac ſententia recedunt, contendentes contractus omnes, etiam bonæ fidei, quamvis dolus iis cauſam dederit, ipſo jure conſiſtere atque effectum habere, ſed reſcindendos eſſe actione ex contractu, aut de dolo, ſi alia non ſuperſit. Afferunt huic ſententiæ firmandæ innumeros locos; quorum præcipui *l.* 11. *§. ſi quis.* 5. *l. Julianus.* 13. *§.* 4. *&* 5. *item §. ſi colludente.* 27. *ff. de act. empt. l. ſi res æſtimata.* 12. *§.* 1. *ff. de jur. dot. l.* 3. *C. comm. utriuſque jud. l.* 5. *C. de reſc. vend.* Verum non eſt adeo difficilis ad hæc loca reſponſio: quoniam in pleriſque agitur de dolo incidenti, veluti in *d. l.* 11. *§. ſi quis virginem, ff. de act. empt.* Nam in caſu illic propoſito venditor emptorem dolo malo non induxit ad emendum, ſed cum emptor animum emendi haberet & errore lapſus putaret ſe virginem emere, venditor ſciens emptorem errare, paſſus eſt eum in hoc errore hærere: non autem affirmavit eſſe virginem, quo eum ad emendum induceret: qui error corrigitur data actione ex empto ad emptionem reſolvendam. Sic quoque in *d. l.* 13. *§.* 4. *&* 5. non proponuntur caſus, quibus quis dolo inductus & in hoc circumventus eſt, ut emeret vel venderet: ſed ut res pluris vel minoris emeretur, vel venderetur. Similiter ex eo, quod in *§. ſi quis colludente.* 27. *d. l.* 13. Juriſconſultus proponit colludente procuratore, venditionem factam, non ſequitur neceſſario dolum dediſſe cauſam contractui. Multoque minus ex *d. l.* 12. *§.* 1. *ff. de jur. dot.* cum procul dubio nuptias contrahere mulier voluerit, nec ea in dote promittenda circumventa fuerit, ſed in æſtimatione & traditione ſervi. Nec denique ex *l.* 3. *C. comm. utriuſque jud.* neque enim illic agitur de dolo, qui diviſioni cauſam præbuit, ſed admiſſo in ipſa diviſione, qui dolus eſt incidens, & ſic quoque capiendæ. *l.* 7. *§.* 1. *depoſ. l.* 49. *de O. & A. l.* 79. *pro ſoc. l.* 43. *§. ult. l.* 66. *§.* 1. *l.* 68. *§.* 1. *de contr. empt. &c.* Sane in ſpecie *d. l.* 5. *C. de reſc. vend.* dolum dediſſe cauſam contractui, verba ipſa ſatis apertè oſtendunt, & tamen etiam eo caſu reſcindi dicitur venditio. Sed bene reſpondet Cujacius, nihil aliud his verbis, *venditionem reſcindi,* eo loco ſignificari, quam data & tradita revocari condictione ſine cauſa. Nam propriè ipſa venditio, quæ nulla eſt, non poteſt dici reſcindi: ſed reſcindi dicitur ab effectu, qui ſecutus eſt, quoniam dominium per traditionem translatum erat. *l.* 7. *pr. ff. de minor. l. dolus.* 10. *C. de reſc. vend.*

Utuntur præterea Ultramontani duobus argumentis, & quidem quæ digna ſunt conſideratione. Primum tale eſt: Ubi adſunt ſubſtantialia contractus, ibi non poteſt contractus ipſo jure eſſe nullus: atqui licet dolus, cauſam dederit contractui bonæ fidei, adeſt conſenſus, adſunt alia eſſentialia: ergo ipſo jure non eſt nullus. Ad propoſitionem quod attinet, monendi ſumus contractus non ex mero jure gentium hic conſiderari oportere, ſed quatenus jure civili recepti & approbati. Aſſumtio falſa videri poteſt, propterea quod dolus excludat conſenſum: cæterum ita ſtabilitur. Si vis & metus non excludit conſenſum nec contractum vitiat, nec dolus excludet, &c. At verum antecedens; ergo & conſequens. Ratio connexi eſt, vel quia vis & coactio maxime videtur contraria eſſe voluntati. *l. nihil conſenſui.* 116. *de reg. jur.* vel quia in vi & metu etiam dolus ineſt. *l.* 3. *§. doli mali.* 8. *ff. vi bon. rapt.* Antecedens non obſcurè negat Cujacius in *l. ſi quis* 36. *ff. de verb. oblig.* & apertè Donellus in *l.* 1. *C. de reſc. vend.* Veriſſimum tamen eſſe argumento ſunt verba ipſa edicti prætoris, *Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo,* neque enim reſtitutione opus eſſet, ſi contractus ipſo jure non valeret: & non niſi inſulsè atque ineptè ad metum & vim quandam incidentem edictum hoc referre poſſis.

ſis. Accedunt expreſſi textus in *l.* 3. *l.* 4. *l.* 5. *C. de his quæ vi metuſv. ca.* ex quibus manifeſtè patet, vim & metum non efficere, ut contractus quamvis ſit bonæ fidei, & cui metus cauſam dederit, ſit ipſo jure nullus: ſed eo non obſtante actionem & exceptionem quod metus cauſa dari. Movere non debet, quod ſcriptum eſt in *l. ſi mulier.* 21. §. 3. *ff. quod met. cauſa. Si dos metu promiſſa ſit, nullam naſci obligationem, nec talem promiſſionem dotis ullam eſſe.* Hoc enim ſpeciale eſt in promiſſione dotis metu extorta: quoniam favore dotis non datur reſtitutio: quoties autem contra actum, ſi valeret, non datur reſtitutio, toties actus metu geſtus ipſo jure non valet. *fac. l.* 9. *pr. l. ſi privatus.* 17. *ff. qui & à quib. man.* & quod notandum eſt, loquitur *d. l.* 21. § 3. de dote ſtipulanti promiſſa: vix autem quiſquam eſt, qui dubitet talem promiſſionem, licet metu extortam, alias ipſo jure ſubſiſtere. Magis obſtare videtur *l.* 1. *C. de reſc. vend.* ubi Imp. Alexander ait venditionem per vim & metum extortam irritam eſſe. Sed rectè reſpondet Accurſius, *irritam* poſitum eſſe pro irritandam, nempe per actionem quod metus cauſa; quia prætor talem venditionem ratam non habet, data actione quod metus cauſa. *l.* 1. *ff. quod met. ca. l.* 3. *&* 2. *ſeqq. C. eod.* ut exitu inſpecto actus hic ſit irritus, aut pro irrito habendus. Nos igitur cum Bachovio *de action. diſp.* 6 *th.* 17. negamus rationem connexi, & dicimus à metu ad dolum non rectè inferri. Quod ſi quis hic urgeat reſponſum Ulpiani in *d. l.* 2. §. *doli mali.* 8. *ff. vi bon. rapt.* ubi ait, eum, qui vim facit, etiam dolo malo facere & in vi dolum ineſſe. Reſponſio in promptu eſt, doli appellationem & generalem eſſe, omnemque ſignificare improbitatem, malitiam ac propoſitum delinquendi, quo ſignificatu etiam vis dolus eſt. *l.* 7. *ff. ad leg. Corn. de ſicar,* & ſpecialem, qua injuriæ illa ſpecies intelligitur, quæ fit occultè & per ſimulationem, diſtinguiturque à vi, quæ aperta eſt, nec ſemper cum ea concurrit: quomodo Cicero dicebat, „fraudem vulpeculæ vim Leonis eſſe. Atque in priore ſignificatu dicimus JCtum doli verbum accipere in *d. l.* 2. §. 8. *vi bon. rapt.* nec aliud intelligere; quam eum qui vim infert, pravum & improbum propoſitum habere, qui dolus apertus eſt, id eſt, manifeſta malitia & improbitas reipſa & facto declarata. At nos hic diſputamus de dolo in ſpecie dicto, quo intelligitur, qui eſt in verbis & occultè fit per ſimulationem. Sed parum proficimus, niſi ratio aliqua afferatur, cur eum, qui metu coactus verbi cauſa emit aut vendidit, placeat ipſo jure obligari, dolo malo inductum non item: cum non minus vis atque metus conſenſui, ſine quo nullus contractus ſubſiſtit, contrarius ſit, quam dolus. *l. nihil conſenſui,* 116. *ff de reg. jur.* Putamus autem hanc eſſe rationem, quod in uno enixior & apertior voluntas eſt, quam in altero: utique enim & coacta voluntas verè voluntas eſt. *d. l.* 21. §. *pen. quod met. ca.* ſicuti qui navis levandæ gratia jacturam facit, vult ſe liberari periculo & voluntate enixa, ac ſetia. *Ariſt.* 3. *Eth.* 1. Sane quidem vis eſt contraria voluntati, ſed quatenus cauſam extrinſecus impellentem ſpectamus, non quatenus reſpicimus cauſam proximam & ipſum volendi & minus malum eligendi actum. Duæ enim hic conſiderandæ voluntates; una prior, altera vi poſterior: quarum priori vis eſt contraria, poſteriori vero tantum abeſt ut vis contraria ſit, ut eam etiam efficiat, ac proinde etiam cum ea conſiſtere queat. Errantis autem & dolo circumventi, ut ſit aliqua voluntas, non tamen tam enixa eſt & certa, quia decipitur. Non poſſumus dicere plane & omnimodo dolo intervenienti, nulli conſenſum, quod temere Bronchorſtius *cent.* 1. *aſſert.* 57. & alii nonnulli aſſerunt: nam hoc admiſſo ne contractus quidem ſtricti juris dolo cauſam conventioni præbente ipſo jure ſubſiſterent: cum nulli contractus, ac ne ſtipulatio quidem ſine conſenſu ullius momenti ſit. *l.* 1. §. 3. *ff. de pact.* Sed hoc dicimus, etiamſi ſimpliciter & abſolute non deficiat conſenſus, tamen cum hic debilior ſit, quam in caſu objecto, & hæc ſit natura contractuum bonæ fidei, ut omnia præſtentur ex æquo & bono, & bonæ fidei, quæ in hiſce judiciis exuberantiſſime requiritur, maxime repugnet dolus malus, *l.* 5. *C. de reſc. vend.* ubi principium eſt vitioſum & infectum, nempe ubi alter alterum ad contrahendum dolo inducit, talem contractum jure valere non poſſe: utut ſtipulationem ſuſtineat verborum ſolennitas, mutuum interventus rei, & obligatio unilatera. Et effectu pene idem eſt, quod Baldus in *l. ſub prætextu.* 19. *C. de tranſact.* ait, dolum in bonæ fidei contractibus excludere qualitatem ſubſtantialem (rectius dixiſſet naturalem) quæ ineſt à propria & ſpeciali natura contractus: ſed in ſtrictis judiciis eſſe contra qualitatem accidentalem duntaxat, & generalem omnium contractuum.

Alterum argumentum Ultramontanorum tale eſt: Qua ex cauſa tranſit dominium, ea non poteſt cenſeri ipſo jure nulla, At ex contractu bonæ fidei, puta venditione, cui dolus cauſam dedit

dit, tranſit dominium: ergo. Major eſt in *l. nunquam.* 31. *ff. de acq. rer. dom.* Aſſumptio probatur ex eo, quod nuſquam legimus hoc caſu dari vindicationem: quæ utique competeret, ſi dominium translatum non eſſet. Quinimo ex *l. 7. pr. ff. de dol.* perſpicuè probatur dominium in caſu, de quo agimus, transferri: alioqui enim manumiſſio non procederet. *l. 3. C. ſi adverſ. libert. fac. l. 10. C. de reſc. vend.* & miror Bronchorſtium id negare *arg. l. 1. §. 4. ff. de acq. poſſ.* ad quam vel puer reſponderit. Hinc porrò ſic colligunt; Ubi non impeditur translatio dominii, ibi multo minus impediri debet nativitas obligationis, per *l. 4. ff. de contr. empt.* Atqui ubi dolus cauſam dedit, &c. Reſpondet Baldus in *l. 19. C. de tranſact.* ad hunc modum, Concedo, inquit, quod fortius impeditur dominium, quam obligatio, quandò eadem vel major ratio eſt impediendi: ſed quando ratio ordinatur ad obligationem impediendam, non dominium; ibi impeditur obligatio, ſed non dominium, ut in ſæpius allegata *l. 7. pr. ff. de dol.* Ratio, quia non procedunt ab eadem cauſa: nam obligatio non poteſt eſſe ſine vero & efficaci contractu; ſed dominium poteſt transferri ex cauſa putativa; unde non requirit efficaciam præcedentis obligationis. Hactenus Baldus; cujus nimirum hæc ſententia eſt, traditionem ipſam cum animo transferendi dominii factam ab eo, qui ſaltem putat ſubeſſe cauſam habilem & idoneam, licet nulla ſubſit, ſufficere ad translationem dominii: idque verum eſſe indicio eſt indebitum per errorem ſolutum. Illud enim indebitum eſt, quod nulla ex cauſa verè debetur: & tamen ſi quis errore ductus putans ſe debere, ex aliqua cauſa ſolverit, dominium transfert: quod ex eo liquet, quia ad repetitionem ſoluti tantum condictionem indebiti habet, non vindicationem. *tit. ff. & C. de condict. indeb.* Sic licet matrimonium nullum ſit, tamen dos data non vindicatur, ſed per condictionem repetitur. *l. pen. C. de interd. matrim. int. pup.* Itaque rectè Donellus in *d. l. 5. C. de reſc. vend. n. 3.* quod Paulus in *l. nunquam. 31 ff. de acq. rer. dom.* ſcribit; nunquam nudam traditionem transferre dominium, ſed ita ſi juſta aliqua cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſequeretur, ita accipiendum docet, ſive revera juſta cauſa præceſſerit, ſive opinione tradentis.

CAP. XIII.

An minori 25. annis Doctori juris, ſi captus ſit, concedenda in integrum reſtitutio?

NOn una cauſa eſt, ob quam prima facie videtur deneganda minori 25. annis in integrum reſtitutio. Quid enim ſi judicio rectè defenſus, & cauſa cognita ſententia judicis condemnatus ſit, an non obſtabit reſtitutioni auctoritas judicis & rei judicatæ? Placuit non obſtare; ac nihilominus beneficio ætatis minores conſequi poſſe, quod jure communi appellatio interpoſita præſtat majoribus. *l. præſes provinciæ. 42. ff. de minor. & tit. C. ſi adv. rem judic.* Quid ſi decreto magiſtratus res minoris vendita ſit? hic multo minus: ſiquidem magiſtratus quanquam vendi rem minoris permittit, pretium tamen decreto ſuo non comprobat. *l. 2. C. de fidejuſſ. minor. l. ſi quidem. 11. C. de præd. minor.* Sed nec curatorum auctoritas uſque eo valet, ut id beneficium curæ ſuæ commiſſis adimant, quòd remota hac auctoritate & ſine curatoribus conſtituti habituri fuiſſent. *l. tutor. 47. ff. de minor. & tot. tit. C. ſi tut. vel cur. interv.* Sed finge minorem eſſe hominem frugi & induſtrium, magiſtratum alioſve honores gerere, parentem eſſe multorum liberorum remque familiarem bene ac prudenter adminiſtrare: hæc utique ſigna ſunt non fragilis & infirmi, ſed prudentis & maturi conſilii. Quid ergo? An non merito hujuſmodi adoleſcentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilominus ſic capti probentur, reſtituendos *per l. 1. in fin. ff. de minor. l. 2. C. eod. l. 1. C. qui & adv. quos* Etenim quantacunque huic ætati prudentia tribuatur, ſemper tamen ei adjuncta eſt levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum ἀπειρία. *Sfort. Odd. p. 1. qu. 23. art. 3. & 13. Sichard. in l. 2. C. de in int. reſt. minor. n. 2.*

Quid

Quid ſi doctor juris ſit, adeoque non levi juris ſcientia imbutus? Huic communiter doctores reſtitutionem in integrum denegandam eſſe cenſent, etiamſi in negotio gerendo ſe læſum eſſe doceat, teſte Oddo *d. loc. art. 7.* Rationem hujus ſuæ opinionis hanc afferunt, quod nulla fronte ex errore & imprudentia reſtitutionem ob defectum ætatis deſiderare poteſt, cujus ætatem ſupplet juris ſcientia: nec quiſquam id affectare debeat, in quo intelligit vel intelligere debet, imperitiam ſuam alii periculoſam fore. *l. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Addunt, quod turpe ſit, ut Q. Mucius dicebat, cauſas in foro oranti jus ignorare, *l. 2. §. Servius. 43. ff. de orig. jur.* & quod ad juriſconſultos olim, teſte Ciceron. *lib. 3 de Orat.* non ſolum de jure, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referebatur. Atque ita quoque *Duar. in l. 1. C. qui & adv. quos. Gomez. 2. reſolu. 14. n. 5. Bronchorſt 1. miſcell 28.* Cæterum hæ rationes tanti apud me non ſunt, ut huic ſententiæ ſubſcribere poſſim. Nihil enim commune habet profeſſio juris & artium cum bonorum adminiſtratione & in rebus agendis prudentia, quæ non ex libris, ſed uſu & experientia comparatur. Benè Cicero *in fin. 2. de offic. de quærenda,* inquit, *de collocanda pecunia, etiam de utenda, commodius à quibuſdam optimis viris ad medium janum ſedentibus, quam ab ullis philoſophis ulla in ſchola diſputatur.* Et quis credat, de fundo emendo, de filia locanda, aliiſve hujuſcemodi negotiis olim conſuli ſolitos fuiſſe adoleſcentes? Quid quod apud veteres non alii, quam clariſſimi viri, mâgnoque rerum uſu præditi, & fere honoribus omnibus & reipub. muneribus perfuncti de jure civibus reſponſitabant, ut ex eodem Cicerone *lib. 1. de Orat.* diſcimus. Putarem itaque nec minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus eſt, ſi cauſa cognita captus eſſe deprehendatur, à ſolito auxilio removendum. *arg. l. 1. C. qui & adv. quos. & arg. l. 1. in fin. ff. de minor.* quo loco Juriſconſultus ſcribit, non debere adoleſcentibus ante perfectam ætatem rerum ſuarum adminiſtrationem committi, quamvis bene rem ſuam gerentibus. Quantacunque enim, ut dixi, adoleſcentiæ tribuatur peritia, ſemper tamen obnoxia eſt captionibus, adjunctaque eſt huic ætati conſilii quædam infirmitas & inconſtantia. *Odd. d. art. 7. Sarmient 3. ſelect. interp. 12. Fachin. 3. contr. 5.* Arbitror tamen hoc reſtringendum eſſe ad captionem & læſionem in negotiis, quæ ad juris peritiam, quam adoleſcens profitetur, nihil attinent, puta ſi læſus ſit ignorantia facti, quæ excuſationem mereatur, & maximè in negotiis extra judicium, in emendo, vendendo, in quærenda aut collocanda pecunia, &c. Nam juris ignorantiam allegare cauſas in foro oranti nimis turpe eſt *d. l. 2. §. Servius. de orig. jur.* veluti ſi errore juris exceptionem vel allegationem omiſit, quia putabat eam ad merita cauſæ non pertinere. Cum enim ſe juris peritum profiteatur, hic deſiderium ejus reſtitutionem propter errorem petentis pugnaret è diametro cum ejus profeſſione: Eſt autem iniquum & incivile aliquid poſtulare quod diſcrepat & alienum eſt à profeſſione noſtra. *l. profeſſio. 6. C. de mun. patrim. lib. 10. l. in honoribus 8. §. philoſophis. 4. ff. de vac. mun.* Unde etiam peritiam cujuſcunque artis, quam minor profitetur, reſtitutionem impedire circa negotia ejuſdem artis & profeſſionis ſtatuunt. *Maurit. de reſt. in int. c. 223. Odd. d. art. 7. n. 32. & ſeqq.*

CAP. XIV.

An ſi inſtitutus beneficio ætatis contra aditionem hereditatis reſtitutus ſit, convaleſcat ſubſtitutio?

VUlgaris ſubſtitutio facta extraneo ſive puberi ſive impuberi poſt aditam hereditatem expirat. *l. 5. C. de impub. & al. ſubſtit.* Sed quid ſi inſtitutus heres, poſtquam adiit hereditatem, beneficio ætatis contra aditionem in integrum reſtitutus ſit, an hic convaleſcet ſubſtitutio, ut jam ex ea admittatur ſubſtitutus? Communis Interpretum ſententia eſt, ſubſtitutum admitti, dictam *l. 5. C. de impub. & al. ſubſt.* ſic interpretantium, ſi aditio duraverit: reſtitutione autem impetrata omnia in priſtinum ſtatum reponi. *Gloſſ. Cyn. Salic. Don. & alii in d. l. 5. Zaſ. tract. ſubſtit. c. 1. verſ. ſecundo limitate. Merend. lib. 4. contr. c. 9.* Nec hanc ſententiam putant deſtitui auctoritate; proferunt-

que ad eam ſtabiliendam *l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. l. Julianus. 42. pr. l. ſi minor. 61. ff. de acquir. her. l. ex contractu. 44. ff. de re jud. l. 7. §. ſed et. 5. & §. ſed quod Papinianus. 10. ff. de minor. l. 1. §. antepen. l. 2. §. ſi bonorum. 10. ff. ad Sen. Tertull.* quibus tamen locis an hæc ſententia ſatis probetur, magna ratio eſt, cur dubitem: ſed de eo mox videbimus. Duo ſunt loci, qui in contrariam ſententiam me trahunt, quod ſcilicet herede inſtituto poſt aditam hereditatem beneficio prætoris ſe abſtinente, ſubſtitutus non ſit admittendus, *l. ult. ff. de ſucceſſ. edict. & d. l. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minor.* quæ ab aliis pro contrariæ ſententiæ firmamento affertur. In *d. l. ult. ff. de ſucceſſ. edict.* expreſsè negat Papinianus inferioris gradus cognatum beneficium edicti ſucceſſorii habere, cum prior cognatus ex propria parte bonorum poſſeſſionem accepit, licet ætatis beneficio facultatem abſtinendi poſtea conſecutus ſit. In *d. l. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minor.* unus tantum caſus à ſententia Papiniani dicentis, ſi minor, cui ſervus proprius ſubſtitutus eſt, poſt aditionem abſtinendi cauſâ reſtitutus ſit, ſubſtitutum nec heredem nec liberum fieri, excipitur, ſi hereditas ſolvendo non eſt, idque non recto jure, ſed ex æquitate reſcripti D. Pii & Antonini, ne videlicet bona defuncti nomine veneant. Jam verò nihil eſt vulgatius, quam quod exceptio confirmat regulam in caſibus non exceptis. Neque alia ratione utitur Juriſconſultus, quam quod ſubſtitutione ſemel per aditionem extincta ſubſtitutus amplius admitti non poſſit. Atque idem omnino dicendum eſt de pubere ſuo herede inſtituto, qui accepto ſubſtituto ætatis beneficio poſt immiſtionem abſtentus eſt. Ratio non eſt obſcura, quia non ſolùm deficit conditio ſubſtitutionis inſtituto hereditatem adeunte, ſed etiam bona teſtatoris eſſe deſinunt & fiunt heredis, cujus reſtitutio alii prodeſſe non debet.

Examinemus jam & excutiamus ſingulos locos in contrarium prolatos. Primus eſt *l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Sed iſte locus huc non pertinet: cum hic tractemus de ſubſtitutione vulgari facta extraneo aut filio puberi, illic de ſubſtitutione pupillari facta filio impuberi: & longè alia quæſtio illic decidatur, nempe ſi minor 25 annis heres inſtitutus poſt abſtentionem adeundæ hereditatis gratia reſtitutus fuerit, confirmari tabulas primas & prætorem utiles actiones ex ſecundis ſubſtituto pupillari decernere; in quo utilitati conſulit non tam ſubſtituti, quam pupillorum. *l. Julianus. 42. pr. ff. de acq. her.* qui quidem locus & ipſe pro contrariæ ſententiæ aſſertione affertur, ſed eam non magis juvat, quam ille proximè præcedens: quippe cum & iſto loco agatur de ſubſtitutione pupillari & admittendo ſubſtituto, etiam eo caſu, quo pupillus hereditate paterna ſe abſtinuit, & intra pubertatem mortuus eſt: unde hoc tantùm probatur, quod vulgò dicitur, nuda ſui heredis, licet ſe abſtinentis, exiſtentiâ confirmari tabulas pupillares, aut potius paternas, ut ex pupillaribus admittatur ſubſtitutus. Speciem aliquam habet *l. ex contractu. 44. ff. de re jud.* Sed neque in *d. l. 44.* agitur de vulgari ſubſtitutione facta impuberi extraneo, aut puberi etiam ſuo, ſed impuberi ſuo heredi, quam ſubſtitutionem non extinguit immiſtio, ſi modo poſtea ſe pupillus abſtineat. Ratio eſt quia communi jure & ſine reſtitutione in integrum ſe abſtinet pupillus ſuus, qui ſe miſcuit. *l. in neceſſariis. 57. ff. de acq. her.* Extraneus autem aut pubes, qui adiit aut ſe immiſcuit, contra aditionem aut immiſtionem, non reſtituitur niſi ſpeciali decreto prætoris cauſa cognita, *d. l. 57. in fin. pr.* quod beneficium non temere extra perſonam reſtituti in alterius fav[illegible]endi debet. *l. 3. §. ſed utrum. 4. ff. de minor.* Dici quidem & illud probabiliter poteſt in *d. l. 44.* pupillam ſe non immiſcuiſſe, ſed nihil intereſt. Ex *l. ſi minor. 61. ff. de acq. her.* ſic argumentantur, ſi minoris adeuntis & poſtea reſtituti coheres ad portionem minoris volens admittitur jure accreſcendi: multò magis volens ſubſtitutus admittendus eſt; quia ſubſtitutio potentior eſt jure accreſcendi. *l. 2. §. ſi duo. 8 ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* At minoris adeuntis & poſtea reſtituti portio volenti coheredi accreſcit, *d. l. 61.* Reſpondeo, alia in propoſito eſt ratio ſubſtituti, alia coheredis: cui ſcilicet vel propter partem ſuam, quam acquiſivit, concedendum fuit totum agnoſcere, vel propter vacantem portionem, quam ut invitus agnoſcat, cogi non poteſt, à toto recedere.

Citatur pro contraria ſententia & *l. 1. §. antepen. ff. ad SC. Tertull.* item l. 2. *§. ſi bonorum 10. ff. eod.* quarum in priore ſi filius hereditatem matris adierit ex Orficiano, & per integrum reſtitutionem abſtentus fuerit, agnati matris vocantur ex jure antiquo. Verum id fit ex verbis ipſius ſenatuſconſulti, quæ extenſiva ſunt, & limitant jus adeundi hereditatem maternam, ut non obſtet

agna-

agnatis, niſi filius cum effectu heres ſit. *d. l.* 1. *§. antepen. l.* 6. *§.* 1. *eod.* Eodemque modo reſpondendum ad alteram nempe *l.* 2. *§.* 10. *eod.* ubi ſi filius adierit ex jure antiquo & reſtitutus ſit, mater admittitur ex Tertulliano, ex verbis ſcilicet ſenatuſconſulti, quæ & ipſa extenſiva fuiſſe credibile eſt. Ad *l.* 7. *§. ſed quod Papinianus.* 10. *ff. de minor.* jam ante reſpondimus, eam apertè confirmare noſtram ſententiam, cum unus duntaxat caſus ibi excipiatur in ſervo neceſſario minori ſubſtituto, ſi hereditas ſolvendo non ſit. Atque hujus ſententiæ auctores habeo Cujacium & Buſ. in *d. §. ſed quod Papinianus. Duar. in comm. ad tit. de vulg. & pup. ſubſtit. Govean.* 2. *var. lect.* 13. *cap.* 10. *Perez. ad tit. C. de impub. & al. ſubſt. n.* 7. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 11. *th.* 7. ubi & bene reſpondet objectioni deſumptæ ex vulgata illa regula, reſtitutione conceſſa omnia in priſtinum ſtatum reponi: nempe hanc regulam eò duntaxat pertinere, ut intelligamus eum quoque, contra quem minor reſtituitur, propterea quod in negotio gerendo læſus ſit, in priſtinum ſtatum reponendum eſſe: hoc autem noſtro caſu reſtitutionem magis in rem fieri videri; neque minorem reſtitui adverſus ſubſtitutum; imò nec propriè & verè loquendo ſubſtitutum poſſe dici à minore læſum.

Excluſo autem ſubſtituto quæritur, utrum hereditas ad legitimum ſucceſſorem pertineat, an fiſco vindicetur: illud placet Duareno & Bachovio, hoc Cujacio, Goveano & Buſio: quorum ſententia videtur verior: quoniam excluſo ſubſtituto, multò magis excluſi intelliguntur venientes ab inteſtato; cum utique cauſa teſtamenti potior ſit ſucceſſione ab inteſtato. Deinde quia bona iſta per aditionem heredis, teſtatoris bona eſſe deſierunt, ut ad ea legitimi ejus heredes admitti nequeant. Quapropter dicendum bona iſta quaſi vacantia fiſco deferri? & hoc ſatis abundeque probat *l. ult. ff. de ſucceſſ. edict.*

CAP. XV.

Donell lib. 21 commen. iur. civil. cap. 13. et ibi Hilliger

An auth. Sacramentum puberum. C. ſi adv. vend. *pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipſo jure?*

Extat conſtitutio Frederici Imperatoris *lib.* 2. *Feudor. tit.* 53. *§.* 3. quæ inde tranſlata in Codicem Juſtinianeum ſub *tit. ſi adverſ. vend.* in hæc verba; *Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis, inviolabiliter cuſtodiantur. Per vim autem, vel juſtum metum extorta etiam à majoribus (maximè ne querimoniam maleficiorum commiſſorum faciant) nullius eſſe momenti jubemus.* Quæſitum autem eſt, an hæc Frederici conſtitutio pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipſo jure, & adverſus quos puberibus extra cauſam jurisjurandi neceſſaria reſtitutio? Ait Martinus & Citramontani: negat Bulgarus & Ultramontani: atque hæc lis totam Juriſprudentiæ ſcholam conturbavit. Ego Martini ſententiam veriorem eſſe puto: & nullus dubito, quin Fredericus ſecutus auctoritatem Juris Canonici, quod juramentis favet & cujus auctoritas tunc maxima erat, novi aliquid juris & Canonico conſentaneum ſtatuere voluerit, utcunque *l.* 1. *C. eod. tit.* cui *d. auth.* ſubjecta eſt, ad contractus jure validos tantùm pertineat. Etenim illi demum actus Jure Canonico ſimpliciter prohibiti & invalidi ſunt, qui offendunt pietatem & nutriunt peccatum, ſuper quibus jurare & ipſum peccatum eſt, & gravius peccatum, quod juraveris, ſervare. Et cum igitur jure civili minores reſtitui poſſent, etiam adverſus ea, quæ rite geſta per tutores & curatores: *tit. C. ſi tut. vel cur. int.* imò licet ex Decreto Judicis geſta eſſent, puta prædium minoris ex decreto venditum. *l. ſi quidem.* 11. *C. de præd. min.* Imperator Alexander in *l.* 1. *C. ſi adv. vend.* excepit, niſi iſti contractus juramento ſint confirmati. Cæterùm loquitur Alexander de contractibus validis: Fredericus autem hoc adjecit, ut etiam contractus invalidi à minore celebrati jurejurando accedente confirmentur. Non tamen utique omnes, ſed ii tantùm, qui invalidi ſunt, propter ſolam ætatem, qui ſi à majoribus geſti eſſent, jure rati forent & efficaces; veluti ſi minor ſine curatoris conſenſu contrahendo ſe aut res ſuas obligavit, aut alienavit, aut res ſoli ſine decreto diſtraxit. Sed & ſi lex civilis conventionem, quæ ratione objecti eſt ἀδιάφο-

ges, privatæ tantùm utilitatis contemplatione valere non patiatur, qualis eſt donatio inter conjuges, & quæ excedit quingentos ſolidos, renuntiatio futuræ ſucceſſionis, transactio facta de rebus teſtamento relictis non inſpectis teſtamenti tabulis, &c. ad talem quoque conventionem *d. auth.* pertinere arbitror, eamque juramento à minore confirmatam inviolabiliter ſervandam, perinde ac jure Canonico obtinet in majoribus: ſiquidem eo jure & defectum ætatis juramentum ſupplet, & ſponte præſtitum omne ſine exceptione ſervandum, quod nihil impietatis, turpitudinis, aut iniquitatis continet. *C. quamvis. de pact. in 6.* At ſi actus aliquis aut contractus à majore celebratus ideo non valet, quia tendit ad injuriam aut detrimentum alterius, qualis eſt renuntiatio ſenatusconſulti Macedoniani, alienatio fundi dotalis, aut rei, cujus uſusfructus penes patrem eſt, talem contractum à jurejurando robur accipere nec Canones patiuntur, quamvis à majoribus interpoſito: ac multò minùs, ſi conventio ideo improbetur, quia natura turpis eſt, & contra bonos mores, ut loquuntur, juris Canonici: quoniam jusjurandum non debet eſſe vinculum turpitudinis aut iniquitatis. *C. 1. ext. de jurejur. C inter cætera. 22. quæſt. 4. C. non eſt obligatorium de reg. jur. in 6.* atque in eo Jus Canonicum & civile inter ſe conveniunt. *l. 7. §. & generaliter, 16. ff. de pact.* Itaque quamvis *d. auth.* non pertineat ad negotia omnibus prohibita jure communi, nec ad actus vetitos ex naturali & perpetua cauſa, putamus tamen eam quoque pertinere ad negotia, quæ jure ſpeciali certis tantùm perſonis prohibita propter privatum aliquod incommodum, licet ſecus ſit jure civili. *l. 5. C. de legib.*

Urget in contrarium Bulgarus verba *d. auth. ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis.* Sed non oportet verba captare præſertim in conſtitutione Principis Germani: & interdum illa quoque retractari & revocari dicuntur, quæ de facto proceſſerunt, licet de jure effectum non ſint ſortita. *l. 5. C. de reſc. vend. l. 1. C. qui man. non poſſ. junct. pr. Inſt. qui & ex quib. ca. man.* Illud futile eſt, quod quidam objiciunt, eccleſiam eodem jure, quo minores, cenſeri, quæ tamen adverſus contractus juratos Prælati vel Epiſcopi reſtituatur. *C. 1. de reſt. in integr. in 6. C. præſertim, de teſtib. in 6.* quaſi verò unquam quiſquam negâſſet minori concedendam eſſe reſtitutionem adverſus contractum juratum curatoris ſui! Objicitur denique, quod minor ſine curatore ſuo non poteſt aut creditori ſuo jusjurandum deferre, ut ſe obliget, aut debitori, ut eum liberet. *l nam poſtea quam. 9. §. ſi minor. 4. l. jusjurandum. 17. §. 1. ff. de minor.* unde dicendum videtur nec permittendum ei eſſe, ut ſine curatore ipſe ſe per jusjurandum obliget, & conditionem ſuam faciat deteriorem. Reſpondeo, cum leges jusjurandum à minore deferri nolunt, id eas quidem agere, ut extra damnum eum conſervent, verum ita ut nullam impietatem ejus foveant; quam non fovent, ubi non ipſe minor, ſed creditor ejus aut debitor jurant. At ſi juramentum ab ipſo minore præſtitum violari paterentur, à damno quidem eum liberarent, ſed impietatem ejus foverent. Præſtat autem damno eum affici, quam impium fieri,

Quamvis autem hæc ita probabiliter pro tenore hujus *auth.* diſputari poſſunt, ea tamen pleriſque nimis rigida & infirmæ ac captionibus expoſitæ ætati pernicioſa viſa eſt: diciturque Henricus VII. filius Frederici, cui Papa Honorius III. hanc *auth.* extorſit, eam aboliturus fuiſſe, niſi morte fuiſſet præventus. Utut ſit, vix ullibi locorum recepta eſt, vide ſis *Buſium ad [illegible] minor. Gudelin. lib. 3. de jur. noviſſ. c. 14. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 125. & vol. 5. deciſ. 225. Grœnevveg. de legib. abrog. ad h. auth. & ibi alleg. Ant. Fab. C. ſuo for. tit. de in integr. reſt. min. & tit. ſi adv. vendit.*

CAP. XVI.

Utrum unum tantum, an duo ſint genera arbitrorum ſimilitudinem judicum habentium?

JUdicium dividi ſolet in neceſſarium & voluntarium: cæterum hæc diſtributio non eſt generis univoci, ſed πρὸς ἕν. Nam arbiter propriè Judex non eſt; cum privatorum conſenſus Judicem

cem non faciat. *l.* 3. *C. de juriſd.* ſed partes Judicis ſuſcipere dicitur. *l. Pomponius.* 13. §. 2. *ff. de recept. arbitr. l. rem non novam.* 14. *C. de judic.* & arbitria ad ſimilitudinem judiciorum redigi, judicia imitari. *d. l.* 14. *l.* 1. *ff. de recept. arbitr.* Nimirum præter judicium propriè dictum, quod omne neceſſarium eſt, & eorum, qui publica judicandi auctoritate præditi ſunt, eſt & voluntaria quædam contendendi ratio extra juriſdictionis neceſſitatem poſita apud eos, ad quos ex conſenſu & compromiſſo itur, qui Judices compromiſſarii & plerumque arbitri nominantur; quæ & ipſa ad ſopiendas lites pertinet. *d. l.* 1. Hoc voluntarium judicium ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromiſſum appellatur: quia litigatores compromittere, id eſt, ſimul & invicem pœnam promittere ſolent, ſi quis eorum ſententiæ arbitri non ſteterit. *l.* 3. §. 2. *l. litigatores.* 11. §. 1. *& ſeq. ff. eod. tit. l.* 1. *C. eodem.*

Duo autem genera arbitrorum Interpretes noſtri ferè faciunt, quorum unum ſit eorum, qui propriè arbitri, alterum, qui arbitratores dicuntur, *arg. l. ſocietatem.* 76. *ff. pro ſoc.* quorum illi tanquam Judices ſervato judiciorum ordine procedant, hi ſine ſolennibus litem amicè ex bono & æquo componant. *vid. Gail.* 1. *obſ.* 150. Sed ego exiſtimo totum hoc eſſe commentitium & à ratione juris civilis planè alienum; quod & jam olim ſuſpicatus eſt Jacobus teſte *Bart. in d. l. ſocietatem. ff. pro ſoc.* & ex recentioribus apertè docuit Coraſius *lib.* 4. *miſcell. cap* 18. ac noviſſimè ſolidè demonſtravit Bachovius *ad tit. ff. de recept. arbitr. c.* 1. *n.* 2. Etenim nuſquam legimus arbitratorem adhiberi, ut Judicem, ad controverſiam aliquam ſine forma judicii ſua ſententia dirimendam, ſed tantùm intervenire & adhiberi ut nudum mediatorem, idque in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipſos contrahentes non convenit: veluti ſi in contractu ſocietatis partes ſociorum, in emptione pretium, in locatione merces certæ perſonæ arbitrio definienda permittatur. *l. ſi coita ſit.* 75. *cum ſeqq. ff. pro ſoc. l. ult. C. de contr. empt. l. ſi merces.* 25. *pr. ff. locati.* aut ſi modus reſtituendi. *l. ſi quis.* 43. *ff. de verb. oblig.* vel legati relicti quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio in arbitrium alicujus conferatur. *l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *ff. de cond. & dem. l. ult.* §. 1. *C. comm. de legat.* Nullus autem locus dari poteſt, quo lis aliqua arbitratoris interventu deciſa dicatur. Et ideo dubitandum non eſt, quin etiam die feſto arbitrator, quod ſibi videtur, ſtatuere poſſit: *arg. l.* 8. *C. de feriis.* quamvis arbiter tali die, non magis quam judex, poſſit ſententiam ferre. *l.* 3. *l.* 7. *C. eod.* Sed & cum arbitrator aliquid ſtatuit, quod manifeſtè iniquum eſt, ad arbitrium boni viri, id eſt, judicis res redigi, conſtitutoque judicio pronuntiatum corrigi poteſt, & nimirum per ordinariam actionem vel exceptionem. *d. l. ſocietatem. & l. unde ſi Nerva.* 79. *ff. pro ſoc.* adeoque etiam in contractibus ſtricti juris. *l. ſi libertus.* 30. *ff. de oper. libert. l.* 1. §. 1. *ff. de legat.* 2. *Donel. ad l. ſi quis.* 43. *ff. de verb. obl. num.* 16. *Bachov. d. loc.* ut fruſtra diſputent Doctores in *d. l. ſocietatem.* quis judex hic pro reductione adeundus ſit. Nihil itaque commune habent arbitratores iſti cum arbitris compromiſſariis: nam neque arbitrium dicere, ſi nolint, coguntur: & tunc velut conditio contractus deficit, id eſt, non recurritur ad arbitrium alterius, quaſi arbitrium boni viri electum eſſet, ſed nihil actum eſſe intelligitur. *d. l. ſi coita.* 75. *ff. pro ſoc. d. [illegible] de contr. empt. d. l. ſi quis.* 43. *ff. de verb. oblig.* quanquam in teſtamentis, in quibus plenius voluntates interpretamur, *l.* 12. *ff. de reg. jur.* contrarium obſervetur, & ſive is, in cujus arbitrium legatum collatum eſt, arbitretur, ſive arbitrari nolit aut non poſſit, ſemper legatum utile ſit, quaſi collatum in boni viri arbitrium. *l.* 1. § 1. *ff. de legat.* 2. *l.* 3. §. 1. *C. comm. de legat.* Sed neque arbitratores hi uſquam dicuntur recepti, neque ad eos pertinet edictum prætoris de his qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant. Unde intelligimus, inanem quoque eſſe interpretum diſputationem quærentium quamdiu & uſque ad quod tempus reductio ab arbitramento arbitrarios peti poſſit, licet Bartolus in *d. l. ſocietatem. n.* 22. dicat quæſtionem hanc requirere deciſionem Principis. Nam cum jus petendi reductionem à pravo & manifeſtè iniquo arbitratoris arbitrio ad arbitrium boni viri ſit perſonale & petatur per actionem ordinariam, conſequens eſt illud jus non niſi triginta annorum ſpatio præſcribi *per l.* 3. *C. de praſcr.* 30. *annor.* A ſententia autem arbitri compromiſſarii, quam barbaro vocabulo laudum appellant, reductio petenda eſt intra decem dies, ut in appellatione fieri debet, cujus ea reductio quædam ſpecies eſt. *l. pen. verſ. ſin autem poſt ſententiam. ff. de recept. arbitr.* Tractatur hæc quæſtio apud *Gail. lib.* 1. *obſ. c.* 150.

CAP.

CAP. XVII.

An litis conteſtatio aliter, quam negativè ex parte rei fieri poſſit?

ANtiquitus certæ actionum defenſionumque formulæ à Jureconſultis erant compoſitæ, *l. 2. §. deinde. 6. ff. de orig. jur.* quas neceſſe erat in jure apud prætorem præeuntibus jureconſultis à litigatoribus pronuntiari, quibus qui vel ſyllaba decerraſſet, cauſa cadebat; de quo adi *Pet. Fabr. 1. ſemeſtr. 21. Ravard. c. 2. de auct. prudent.* Negotio autem ſolenniter expoſito, in id, quod intendebatur reſpondebaturque, teſtes ultro citroque adhibebantur, unde litis conteſtationis nomen, auctore Feſto in voce *conteſtari. add. Cujac. lib. 9. obſ. 21. Pet. Fabr. 2. ſemeſtr. 24. Ravard. lib. ſing. pro tribunal. c. 11.* A magiſtratu, qui aditus erat, exigebatur, ut judicium conciperet, & litigatoribus poſtulantibus daret, id eſt, agendi poteſtatem faceret. Id perficiebatur hac formula judicii reddita, ſiquidem ipſe prætor rem ſuæ cognitioni reſervabat; *Si paret Titium Mevio dare facere oportere, de eo judicium eſt, quo Titius condemnetur.* Quod ſi alium judicem prætor dabat, quod plerumque faciebat, pro his verbis *judicium eſt*, dicebat verbi cauſa, *Aquilius Judex eſto, & Titium condemnato.* Reddebatur autem judicium eodem tempore, quo lis conteſtabatur, unde factum, ut in uſu juris idem exprimant poſt litem conteſtatam & poſt judicium acceptum: nec antè conteſtatio pro juſta habebatur, quam judicio eſſet incluſa. Dato autem judice & judicio ordinato utraque pars invicem denuntiabat, ut ad judicem datum venirent, & ad eos, qui propter tribunal aſſiſtebant, hæc verba pronuntiabant, *Teſtes eſtote, &c.* iiſque verbis dicebantur actor & reus litem conteſtari. Apud prætorem igitur conteſtatio fiebat; judicis autem officium lite demum conteſtata incipiebat. *l. ſi reus. 73. ff. de proc.* de quo fuſius Rævardus ubi ſupra. Hæc monuiſſe vel eo conducit, ut ratio loquendi, quæ inde nata eſt, intelligatur. Nam ut prætor judicium dabat, reddebat, conſtituebat, ita litigatores judicium accipere, ſubire, ſuſcipere dicebantur, cum poteſtatem cauſæ agendæ à prætore impetraſſent. *l. 2. §. 3. l. 3. l. ſed & ſi 52. ff. de judic.* Atque ex eo eſt, quod judicio dicitur contrahi, *l. 3. §. idem ſcribit. 11. ff. de pecul.* Cæterum hæ formularum anguſtiæ una cum actionum impetrationibus pridem ſublatæ ſunt *tit. C. de form. & impetrat. act. ſublat.* Teſtationis quoque ſolennitatem etiam multo ante ſublatam fuiſſe arguit *l. un. C. de lit. conteſt.* ut deinceps nihil ad rem pertineat, quibus verbis quave formula quis agat, dummodo verbis utatur aptis & rei propoſitæ convenientibus, ſolaque maneat nunc litis conteſtatio, quæ cedat pro judicio dato & conſtituto, cum judex per narrationem negotii cauſa audita decernit, ut in eam rem probationes afferantur. *d. l. unic.* quæ cum ſit Severi & Antonini, apparet jam tum veterem conteſtationem in uſu non fuiſſe.

Cum autem ad litis conteſtationem hæc requirantur, propoſitio actoris, & ad eam propoſitionem reſponſio ſive contradictio rei. *l. 2. pr. C. de jurejur. propt. calumn. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de judic.* recte mihi ſentire videntur, qui aſſerunt litis conteſtationem à parte rei non aliter, quam negativè fieri poſſe. Nam cum intentio actoris ſemper ſit affirmativa, neceſſariò ſequitur litis conteſtationem, quæ in contradictione poſita eſt, non niſi in negatione à parte rei conſiſtere poſſe. Ac proinde veriſſimum eſt, quod *Vigel. c. 1. de lit. conteſt. Obrecht. c. 2. n. 16.* docent, per ſimplicem confeſſionem rei nunquam induci poſſe litis conteſtationem, quoniam ubi lis non eſt, nec fingi poteſt litis conteſtatio: lis autem eſſe non poteſt, niſi unus affirmet, alter neget. Denique qui ultro ſe hoſti dedit, certare velle dici non poteſt: Itaque nihil hic reſtat, quam ut Judex confitentem ſolvere jubeat, & ad id terminum ſtatuat, ut bene *Salic. in d. l. un. C. de lit. cont. n. 10.* Dixi autem per confeſſionem ſimplicem: ſecus enim eſt, ſi confeſſio implicitam habeat vel præſumptivè ſecuturam & reſervatam contradictionem, veluti ſi confeſſus nihilominus ad ulteriora procedi poſtulet.

Objicitur hic nobis *d. l. 2. C. de jurejur. propt. cal. dand.* ubi ad litis conteſtationem deſideratur duntaxat narratio actoris & reſponſio rei: unde colligunt qualemcunque reſponſionem rei ad litem conteſtandam ſufficere, ſive ea in affirmando, ſive in negando conſiſtat. Sed hanc collectionem quis pro bona accipiat, & non potius dicat talem ibi intelligi à parte rei deſiderari reſponſionem, qualem liti

litis conteſtatio & contradictio exigit? Fallitur quoque *Gœdd. in l. litis.* 36. *ff. de verb. ſign.* dum per objectionem exceptionis confeſſioni ſubjectam litis conteſtationem affirmativè à reo fieri putat, veluti ſi dicat, fateor, ſed pactus es, ne petas: talis enim objectio vi ipſa in ſe continet debiti & intentionis negationem: ſiquidem negatio aut affirmatio non ex verbis rei, ſed ex intentione actoris in propoſito æſtimanda eſt. Quid quod nec per ſimplicem exceptionis objectionem videtur induci litis conteſtatio, per *c.* 1. *&* 2. *de lit. conteſt. in* 6. Nam utique lis omnis & omne certamen in contradictione conſiſtit: nuda autem exceptionis objectio contradictionem non parit; quoniam utrumque verum eſſe poteſt, & quod actor intendit ſibi deberi, & quod reus excipit, pactum interveniſſe. Planè ſi actor hic non conſiſtat, ſed replicando ſe pactum eſſe neger, jam quidem lis certo conteſtata eſt, & quidem affirmante reo, actore negante: ſed hic reus excipiendo & aſſerendo vices ſubit actoris, actor replicando & negando rei. *l.* 1. *ff. de except. l. in exceptionibus.* 19 *ff. de probat.* Sed & ſi reo excipiente actor porrò in cauſa procedi poſtulet, ſatis eo ipſo exceptioni rei contradicere videtur, & quod à reo dictum eſt, reſolvitur in puram negationem: atque hactenus eorum ſententia defendi poteſt, qui ſtatuunt per objectionem exceptionis introduci litis conteſtationem. Illud omni dubio caret, per objectionem exceptionis, quam vocant deficientis actionis ſtatim induci litis conteſtationem: veluti ſi reus confiteatur quidem actionem aliquando actori competiiſſe, ſed eam nunc ei competere neget, quia actio ipſo jure ſublata ſit, puta ſolutione, acceptilatione, rei interitu: cæterum talis allegatio propriè exceptio aut depulſio non eſt, ſed inficiatio cum novi facti affirmatione conjuncta: inter quam & ſimplicem inficiationem hoc tantùm intereſt, quod ſimplex inficiatio nihil apertè in judicium deducit, neque ulla hic incumbit neganti probatio. In conjuncta autem novi illa facti affirmatio in judicium deducitur, ac proinde à reo probanda eſt. *l.* 1. *C. de probat.* ſed litis conteſtationem æquè inducit, ac ſimplex illa & mera facti inficiatio, quia principaliter eò ſpectat, ut oſtendatur verè negare reum actionem actori competere, in quo omnes interpretes conveniunt.

CAP. XVIII.

An in controverſiis de poſſeſſione aut rei proprietate ſolus locus rei ſit forum competens, an verò & locus domicilii rei?

INter conditiones idonei Judicis una eſt, ut ſit competens. Competentem Judicem ſic generaliter definimus, cujus de ea re, qua de agitur, notio eſt, ac proinde apud quem quis agere vel conveniri debeat, ſive cujus ſit forum competens, hoc eſt, litigatorum proprium. Forum autem competens aut eſt ex partium conſenſu, & prorogatione jurisdictionis, aut ex ſola juris auctoritate. De foro ex conſenſu partium ſunt textus in *l.* 1. *& l.* 2. *ff. de judic. l. ſi convenerit.* 28. *ff. de juriſd.* Juris auctoritate invitus quiſque forum ſortitur, tum ubi domicilium habet, tum ubi contracta eſt obligatio aut crimen commiſſum, tum ubi res ſita eſt, de cujus poſſeſſione aut proprietate agitur. *l. heres.* 19. §. 1. §. 2. *& ult. ff. de judic. l.* 2. *C. de juriſd. l. ult. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de poſſ. l. un. C. ubi de hered. l.* 1. *& l* 2. *C. ubi de crim.* Igitur etiam res, ut dixi, ſi de ejus poſſeſſione aut proprietate agatur, ſubjicit poſſeſſorem jurisdictioni ejus judicis, in cujus territorio res ſita eſt, quamvis neque domicilium ibi habeat, neque ibi contraxerit. *d. l. un. C. ubi de poſſeſſ. d. l. ult. C. ubi in rem act.* Hic enim non tam perſonæ, quam rei ratio habetur; & ideo quoque ſuperiorem eodem reſpectu inferioris juriſdictionem ſubire, & Academicum de re in loco ſtudii ſita conventum ad Rectorem revocare non poſſe plerique tradiderunt. *Monach pr. jud. p.* 2. *c.* 6. *num.* 60. *Vult. ad l. un. C. in quib. cau. milit. for. præſcr.* eademque ratione receptum eſt, ut ex hac cauſa etiam clericus coram judice ſeculari conveniri poſſit. *Gail.* 1. *obſ.* 37. *n.* 4. *Mynſing.* 1. *obſerv.* 22.

Sed quæritur, an præter illum locum, ubi res ſita eſt, ſit etiam alius, ubi quis de poſſeſſione aut proprietate rectè conveniatur, nimirum locus domicilii. Et ſiquidem de poſſeſſione, ut de ea primum

 dicam

dicam, momentaneo proceſſu, qui extraordinarius eſt, agatur, veluti in caſu *l. ſi coloni.* 14. *C. de agric. & cenſit. lib.* 11. aut ſimili, vix crediderim locum eſſe alium, qui forum tribuat, quam rei ſitæ; eo quod proceſſus ille momentaneus ob id iuſtituitur, ne partes ad arma deveniant, quod ſolet fieri in ipſo loco, ubi res, de cujus poſſeſſione contenditur, ſita eſt, & ne fiat, ſolius judicis, in cujus territorio ſita eſt, intereſt. At verò ſi ordinario proceſſu de poſſeſſione agatur, probarem communem Doctorum ſententiam exiſtimantium etiam alibi quam in loco, ubi res ſunt ſitæ, de poſſeſſione agi poſſe, & nimirum eo in loco ubi conveniendus habet domicilium; idque reo etiam invito, ut actori facultas ſit eligendi utro loco reum convenire volet, quanquam actualem poſſeſſionem nemo nanciſci niſi in loco rei ſitæ poteſt. *l.* 1. *§. pen. ff. de acq. her. l. un. pr. C. ubi de hered. ag.* adde quæ *Grœnevveg. tract. de leg. abrog. ad tit. C. ubi de poſſ.* Atque hæc ſententia tot locis probatur, quot legimus domicilium tribuere cuique forum competens, & actorem ſequi forum rei, quacunque actione agatur, ut diſertè reſcriptum eſt in *l. ult. C. ubi in rem act.* id autem ſemper habet reus in loco domicilii. Unus ferè Donellus *lib.* 17. *comm. c.* 17. ab hac ſententia receſſit contendens non ſolùm de poſſeſſione in loco, ubi res eſt, agi poſſe, ſed etiam ibi agi debere, ſi reus ibi ſecum agi poſtulet: ſolùm hunc locum neceſſitati ſubjiciens: locum autem domicilii relinquens, non ut interpretes communiter, arbitrio actoris, ſed rei, *arg. l. un. C. ubi de poſſ.* Sed ad iſtam legem bene reſpondetur vulgò, loqui eam duntaxat de foro proprio & ſpeciali, ac proinde per iſtum textum non excludi forum omnium actionum commune, in quo ſcilicet, quiſque conveniri poteſt quacunque ex cauſa, quale tribuit locus domicilii. *l.* 2. *C. de juriſdict. l. ult. C. ubi in rem act.* Sic in *l. un. C. ubi fideicommiſſ. pet.* dicitur fideicommiſſum ibi petendum eſſe, ubi hereditas relicta eſt, non quod alio loco peti non poſſit; ſed quia eo loco conventus agenti præſcribere non poteſt. *l. ſi fideicommiſſum* 50. *§. ult. cum l. ſeq. ff. de judic.* Objicit Donellus & difficultatem quandam, atque incommodum quod circa executionem ſententia lata ab alio Judice, quam cujus in territorio res ſitæ ſunt, parit: quam eandem difficultatem movet & in articulo ſequenti cum de rei proprietate contenditur, ubi ad eam reſpondebimus.

In controverſiis quoque de proprietate ſive actionibus in rem ſpeciale forum tribuit locus, in quo res, de quarum proprietate lis eſt, conſtitutæ ſunt, quamvis poſſeſſor ibi domicilium non habeat. *l. ult. C. ubi in rem act.* Eſt autem & hic conſtans ferè omnium interpretum ſententia, poſſe pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii poſſeſſoris, ut foro omnium actionum communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, conſtitutæ ſunt, per text. expreſs. in *d. l un. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de her. ag. Fac. l.* 10. *cum l. ſeq. ff. de rei vind.* Sed hic item Donellus, ut nunc loqui amant, ſingularis eſt, aſſerens in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, ſed unum tantum eſſe forum rei, locum ſcilicet ubi ſitæ ſunt; ibi reum conveniendum eſſe, ibi ſe defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Dictum autem textum in *l. ult. C. ubi in rem act.* cavillatione quadam eludere conatur: eo quod Imperatores ibi non ſimpliciter permittunt actionem in rem moveri, ubi res conſtituta eſt, ſed moveri jubent, quaſi verbis iſtis neceſſitatem ibi agendi imponant. Si hoc unum juberent Imperatores, rectè argumentaretur Donellus: ſed cum vel ipſo fatente duo jubeant, primum actorem rei forum ſequi debere, quacunque [illegible] experiatur, ſive in rem, ſive in perſonam, atque per hoc forum eodem quoque fatente non aliud intelligi poſſit, quam quod reus ſortitur ex loco domicilii ſui. Deinde ſi in rem agatur, etiam ibi ubi res conſtituta eſt, agi jubeant. *verſ. ſed & in locis d. l. ult.* quis non videt duo diverſa loca ab Imperatoribus poni, quibus in rem actio moveri queat, & forum poſſeſſor ſortiatur, locum domicilii, quaſi forum commune actionum omnium; & locum rei ſitæ, ut forum actionum in rem proprium? Præcipuum autem opinionis ſuæ fundamentum ponit Donellus in *l. quod legatur.* 38. *ff. de judic.* & ſanè apertè Juriſconſultus illic ait, ſi per in rem actionem legatum petatur, ibi peti debere, ubi res eſt: ſed non dubito, quin id ſpeciale ſit in re legata, eo quod legatario ſufficere debeat, ſi heres, à quo legati præſtandi neceſſitas non cœpit, eo in loco ubi res eſt, offerat ſolutionem, de qua etiam & ipſa rei legatæ præſtatione præcipue Juriſconſultus tractat: ut proinde non malè reſponderi poſſe videatur, id quod Juriſconſultus ait, *etiam ibi peti debet, ubi res eſt*, vim & effectum ſolutionis reſpicere: quia ſi alibi petatur, heres tamen eo loco, ubi res eſt, eam ſolvere poteſt, quanquam alii aliter. *Accurſ. in d. l.* 38. *Duar. ad tit. de judic. c. de for. com. Hotom. lib.* 3. *obſ.* 7. *Fuſe Vultejus ad l. un. C. ubi fideic. pet.*

Quæ

Quæ porrò hic incommoda Donellus objicit, nimirum facilè evenire poſſe, ſi poſſeſſor in loco domicilii conventus jubeatur rem, quæ alibi ſita ſit, reſtituere, ut nova lite pro rei executione opus ſit, ea objectio non eſt magni momenti. Nam præterquam quod omnes magiſtratus inferiores mutuam ſibi operam præſtare debent, conſiderare debuit Donellus, incommoda hæc non tam eſſe poſſeſſoris, cui etiam commodius eſſe ſolet in loco domicilii ſui conveniri, quam petitoris, qui ſibi imputare debet, quod maluit cum incommodo ſuo agere in loco domicilii poſſeſſoris, quam rei ſitæ. Quid quod idem incommodum etiam in actionibus in perſonam metui poteſt, in quibus & ipſis plerumque res aliqua præſtanda venit, & quæ ob eandem cauſam & ipſæ in loco rei ſitæ duntaxat intentari deberent. Poſtremò, quod apprime notandum, non eſt ex ratione Juris Romani in judiciis realibus ordinaria hæc procedendi atque exequendi via, ut poſſeſſori reſtituere juſſo, nec parenti res ipſa manu militari auferatur, ſed ut damnetur, quanti petitor in litem juraverit *l. ejus rei.* 46. *& l. ſeq. ff. de rei vind. l.* 5. *l. tutor.* 8. *ff. de in lit. jur.* quamvis id moribus Galliæ & noſtris vix obſervetur. *Zypæ. in. not. jur. Belg. de jurejur.*

CAP. XIX.

An querela inofficioſi teſtamenti ſit ſpecies petitionis hereditatis?

TEſtamentum inofficioſum eſt, in quo liberi aut parentes, aut fratres & ſorores contra officium pietatis vel exheredati ſunt immeriro, vel immerito præteriti; modo teſtamentum jure conſiſtat, & nec his debita legibus portio relicta ſit. Quod teſtamentum ut inofficioſum accuſare poſſunt, & poſtulare, ut id tanquam tale reſcindatur, qui iniquè ſe exheredatos aut præteritos queruntur, hoc colore quaſi non ſanæ mentis fuerit, qui teſtamentum ordinavit. *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *l. Titia.* 13. *ff. de inoff. teſtam. & pr. Inſt. eod.* ac proinde quaſi teſtamenti factionem non habuerit. *l. qui repudiantis.* 17. §. 1. *ff. eod.* qui color hic quæſitus fuit, ne ſani hominis teſtamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tabularum, quæ liberam undiquaque teſtandi poteſtatem patrifam. concedit. *l. verbis.* 120. *ff. de verb. ſign. pr. Inſtit. de leg. Fal c.* Pro eodem autem dicunt veteres, agere, queri de inofficio, arguere, accuſare, dicere inofficioſum; quæ legentibus paſſim in titt. hujus argumenti obvia, ut & nomina querelæ actionis, accuſationis: nullo tamen nomine crebrius hoc judicium deſignatur, quam querelæ. Quid ergo, eſtne querela & ipſa actio? Sanè eſt, licet plerique ſtatuant non eſſe, ſed remedium aliquod ab actione ſeparatum, ſive implorationem tantùm officii judicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens, ut teſtamentum reſcindatur, quo reſciſſo demum agi & hæreditas vindicari queat. Sed non eſt, quod dubitemus affirmare, quod tot locis ſcriptum eſt, querelam ipſam actionem ſeu petitionem eſſe, perque eam ſic impugnari teſtamentum, ut ſimul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficioſum, eum Papinianus ait hæreditatem petere. *l.* 8. §. *quoniam* 8. *ff. de inoff. teſtam.* Scævola petitionem hæreditatis exercere. *l. qui de inofficioſo.* 20. *ff. eod.* Paulus in *l. eum qui* 21. §. 3. *ff. eod.* ait per querelam inofficioſi evinci hæreditatem. Ulpianus vindicari facultates *l. ſi inſtituta* 27. §. 3. *eod.* Triphoninus filium exhæredatum ex cauſa querelæ inofficioſi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis. *l. pen. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Imperatores Severus & Antoninus ex cauſa inofficioſi teſtamenti hæreditatem peti *l.* 3. *C. de petit. hæred.* Juſtinianus hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioſo conſtitui. *l. ſi quis filium.* 34. *C. de inoff. teſtam.* Atque hinc eſt, quod is, qui querelam moturus eſt, agnoſcere debet bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia. *l.* 6. §. *ult. l.* 7 *l.* 8. *pr. ff. eod. l.* 2. *C. eod.* hoc enim non alio pertinet, quam ut is, qui ex cauſa inofficioſi hæreditatem petit, hæres eſſe videatur: quamquam in ſuis hæredibus hæc poſſeſſio non eſt neceſſaria, uti nec aditio. *d. l.* 7. *junct. l. in ſuis.* 14. *ff. de ſuis & legit.* de quo conſule *Vigl. ad rubr. &* §. 1. *Inſtit. de inoff. teſtam. Duar. c.* 8. *ad eund. tit. Govean. lib.* 1. *var. lect. c.* 1. Quamobrem ſi quis à me petat, ut quid ſit querela inofficioſi teſtamenti, obiter definiam, dicam eſſe ſpeciem petitionis hereditatis, qua & teſtamentum reſcindi poſtulatur, & ſimul vindicatur hereditas, tanquam ab inteſtato delata. cum *Duar. d. loc. c.* 10. *Vigl. ad d. rubr. n.* 6. *Donel.* 19. *comm.* 3. *Vaud.* 2. *var. quæſt.* 24.

Communis verò interpretum noſtrorum ſchola exiſtimat, querelam eſſe judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium univerſale ſeu petitionem hæreditatis; ſicut actio ad exhibendum præparatoria eſt rei vindicationis: atque ita duo hic eſſe judicia, quorum alterum ſcilicet querela, præcedat; alterum, petitio hereditatis ſequatur, quod verum non eſt: ſiquidem ipſe titulus inofficioſi cauſa eſt, ex qua vindicatur hereditas. *l.* 3. *C. de petit. hered.* neque duo hic judicia ſunt, ſed unum, quo & teſtamentum impugnatur, & ſimul petitur hereditas; ſicut per actionem uſucapionis reſciſſoriam & uſucapio reſcindi petitur, & ſimul res vindicatur, de quo diſſeruimus, *cap.* 10. Equidem fateor, querelam in multis differre à petitione hereditatis ſimplici, de qua agitur *titt. de petit. hæred.* ſed ex eo non ſequitur, per eam non peti hæreditatem, aut eam ſpeciem petitionis hæreditatis non eſſe: Proferuntur autem duo potiſſimum argumenta, quibus effici videtur querelam inofficioſi teſtamenti petitionem hæreditatis non eſſe; quæ qualia ſint, videamus. Primum tale eſt; Petitio hereditatis datur ſolum adverſus eum, qui cum heres non ſit, pro herede prove poſſeſſore poſſidet, nunquam adverſus heredem, eumve, qui pro herede eſt, bonorum puta poſſeſſorem aut fideicommiſſarium. *l.* 9. *& ſeqq. ff. de hered. petit.* At querela datur adverſus heredem ſcriptum, contra fideicommiſſarium, cui reſtituta eſt hereditas. *l.* 1. *C. de inoff. teſtam.* contra præteritum, qui accepit bonorum poſſeſſionem contra tabulas. *l. pen. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Reſpondeo, ſcriptum teſtamento inofficioſo hæredem, heredem non eſſe; utique cum eo agi non tanquam cum herede, ſed tanquam qui heres non ſit, utpote ſcriptum ab eo, qui teſtamenti factionem non habuiſſe judicatur. *l. qui repudiavit* 17. *ff. de inoff. teſtam.* & proinde eum teneri, quaſi pro herede aut pro poſſeſſore poſſideret, ut diſerte ab Imperatoribus Severo & Antonino reſponſum eſt de eo, cui ex teſtamento inofficioſo reſtituta eſt hereditas, *l.* 1. *C. eod tit.*

Alterum argumentum eſt hujuſmodi: Omnis petitio hereditatis aut eſt ex teſtamento, aut ex cauſa inteſtati. *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *ff. de hered. petit.* Querela autem inofficioſi ex neutra cauſa eſt: non ex teſtamento, quia datur iis, qui teſtamento excluſi ſunt: non ab inteſtato, quia quamdiu teſtamentum extat, & ex eo adiri hereditas poteſt, cauſæ inteſtati non eſt locus. *l. quamdiu.* 39. *ff. de acq. hered.* Sed quid hic reſpondendum ſit, patet ex reſponſione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficioſi eſſe petitionem quandam hereditatis delatæ tanquam ab inteſtato: quia prætenditur color dementiæ teſtatoris, qui ob id teſtamenti faciendi jus non habuerit: uti & revera ſi judex teſtamentum inofficioſum eſſe pronuntiaverit, res ad cauſam inteſtati redit, retroque verſus omnia perinde habentur, ac ſi hæreditas nunquam adita fuiſſet. *l.* 6. §. 1. *l. eum qui* 21. §. 2. *ff. de inoff. teſt.* Stet igitur hæc ſententia, querelam etiam ipſam actionem eſſe, & nimirum ſpeciem quandam petitionis hereditatis, qua vindicatur hæreditas tanquam ab inteſtato delata ex cauſa inofficioſi teſtamenti. Atque cum hac ſententia fere vi ipſa convenit, quod Joan. Fab. & alii ad *pr. Inſt. d. tit.* notant, poſſe querelam cum petitione hereditatis cumulari. Obiter addo, poſſe & per modum contradictionis ſeu per exceptionem, querelam induci, veluti ſi exheredatus ſit in poſſeſſione hereditatis, & heres ſcriptus hereditatem petat. *l.* 8. §. *ſi filius* 13. *ff. eod tit.* adeoque & liberum eſſe exheredato ſimplici petitione hereditatis experiri, atque ita querelam inducere per modum replicationis. *Paul. lib.* 4. *ſent. tit.* 5. *& ibi Cujac.* Illud non eſt magni momenti, quod quidam ex eo, quod petitio omnis ex cauſa peculii profectitii aut adventitii filio competens, patri detur etiam filio invito. *l.* 8. §. 3. *C. de bon. qua lib.* querelam autem pater filii nomine inſtituere non poſſit. *l.* 8. *pr. ff de inoff. teſtam.* colligunt, querelam non eſſe actionem aut petitionem. Nam hujus rei peculiaris eſt ratio, quia querela non competit, niſi filius cujus ſolius injuria eſt, *d. l.* 8. *in pr.* oſtendat ſibi diſplicere factum parentis, à quo exheredatus eſt, & ideò invito filio, non magis pater queri poteſt, quam invitum cogere, ut hereditatem adeat. Adde quod querela remedium eſt extraordinarium, & quodammodo odioſum: ac proinde tale, quod perſonæ exheredati cohæreat. *Duar. cap.* 8. *ad tit. de inoff. teſt.*

CAP. XX.

An in querela inofficioſi locus ſit edicto ſucceſſorio?

EDictum ſucceſſorium eſt, cum liberis, qui primo loco ad ſucceſſionem vocantur, repudiantibus, admittuntur legitimi, & rurſus his repudiantibus cognati: item cum repudiante proximiore agnato

agnato vel cognato admittitur ſequens. *l. 1. §. quibus 10. & §. ſeq. ff. de ſucceſſ. edict.* Eſt autem huic edicto locus in bonorum poſſeſſione deferenda, ubi tabulæ teſtamenti nullæ extant, & ab inteſtato defertur hæreditas, de quo *d. tit. de ſucceſſ. edict.* & præcipue *d. l. 1. §. 10. & 11. & l. 1. & l. 2. C. eod.* Quæritur autem, an huic edicto ſucceſſorio etiam locus ſit in querela inofficioſi teſtamenti, hoc eſt, an ſi is, qui prior admittitur ad accuſandum, nolit aut non poſſit accuſare, ſequens admittatur. Et placuit admitti, ut ſucceſſioni ſit locus, teſte Paulo in *l. pen. pr. ff. de inoff. teſt.* & talis caſus eſt, qui deciditur in *l. neptem. 7. C. eod. tit.* Cæterum hoc in iis tantum procedit, qui ſi eos nemo ordine aut gradu præceſſiſſet, ſtatim citra ullum edictum ſucceſſorium querelam movere potuiſſent, ſi videlicet exhæredati fuiſſent aut præteriti, nemine eos præcedente in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato. Igitur hi, præterito exheredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non valente, victove, admittuntur ad accuſationem ordine ſucceſſorio ex propria ſua perſona, proprioque jure ſuo. Exemplum habemus in *l. pater. 14. ff. eod. tit.* ubi proponitur caſus hujuſmodi. Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in poteſtate retinuit. Emancipatus ſuſcepto poſtea filio, utroque filio exheredato, patre præterito deceſſit. Hic ordo poſtulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii: Quod ſi illi non querantur, vel queſti in judicio ſuccumbant, ſuccedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in ſuſpenſo erat, impletur. In hoc enim & ſimilibus caſibus, qui præcedebant obſtabantque, ne ſequens ordo aut gradus ad accuſationem admitteretur, jam pro mortuis habentur: & paria habentur non extare, & extare quidem, ſed queri amplius non poſſe. Non obſtat quod heres ſcriptus jam ſententia judicis declaratus ſit heres: nam id verum quidem eſt ratione primi accuſantis: ſed ſententia illa inter alios jus non facit. *l. ſæpe conſtitutum. 63. ff. de re jud. & tot. tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* Sed nec illud obſtat, quod nepos in querela contra patris teſtamentum præfertur avo, ejuſque cauſa potior eſt: unde dicendum videatur, ſi ſcriptus à patre heres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem ejus, per regulam, ſi vinco vincentem te, multo magis vinco te. Etenim non eadem hic eſt vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior eſt avo ſuo defuncti patre in eo, quod in ſucceſſione ab inteſtato prior eſt cauſa liberorum. At filius judicio victus eſt, quia juſtè exheredatus judici viſus: quem oportet non minus benè merita avi perpendere, quam delicta & malè merita nepotis, quæ avo nocere æquum non eſt. *arg. l. 3. §. ſi emancipatus 5. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Similiter, & fortiori quidem ratione, *arg. l. nam & ſi. 15. pr. ff. de inoff. teſt. l. 7. §. 1. ff. unde lib.* ſi filius à patre exheredatus querelam repudiaverit, aut ea inſtituta judicio victus ſit, aut quo modo agere non poſſit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria ſua perſona, *l. pen. pr. ff. de inoff. teſtam. d. l. 3. §. emancipatus. 5. in fin. ff. de bon. poſſ. cont. tab. arg. l. 7. ff. de his qui ſui vel al. jur.* nec hic ſpectari debet, an jam nata fuerit querela filio, an vero ante querelam delatam deceſſerit: quoniam nepos non ex ea ſuccedit quæ filio delata eſt, ſed ex perſona propria: eodem plane modo, quo filio deficiente vel repudiante ex ſucceſſorio edicto ad bonorum poſſeſſionem unde liberi admittitur nepos. *l. 1. § quibus. 10. ff. de ſucceſſ. edicto.*

Cæterum non caret hæc poſtrema ſpecies omni ſcrupulo. Objicitur primum *l. ſi quis poſtumo 9. §. 2. ff. de lib. & poſt. her. inſt.* ubi Paulus ſcribit, ſi filium exheredavero, nepotemque ex eo præteriero & extraneum heredem ſcripſero, & filius poſt mortem meam licet ante aditam hereditatem deceſſerit, nepotem ſuccedendo non rupturum teſtamentum, & ita Julianum, Pomponium & Marcellum reſpondiſſe. Idemque in nepote poſtumo præterito & filio exheredato juris eſſe Ulpianus auctor eſt, nempe hunc nepotem filio poſt mortem patris deliberante herede inſtituto de adeunda hereditate defuncto, teſtamentum avi agnaſcendo non rumpere. *l. 6. pr. ff. de injuſt. rupt. irr. teſt.* Itaque hic filius exheredatus obſtat nepoti præterito: & obſtat, ut Papinianus ait, jure teſtati, quamvis nihil obſtet jure inteſtati, id eſt, quominus hic nepos ſcripto herede repudiante atque ita teſtamento deſtituto ab inteſtato ſuus heres avo exiſtat. *l. ſcripto. 7. ff. unde liberi. d. l. 6. pr. verſ. plane ſi. ff. de injuſt. rupt. l. 1. §. ſciendum. 8. ff. de ſuis & legit. her. §. cum autem. 7. & ſeq. Inſt. de her. quæ ab inteſt.* Reſpondeo, obſtat filius nepoti in caſibus ſupra memoratis, ne nepos præteritione ſui rumpat teſtamentum avi, id eſt, ne nepos agnaſcendo aut quaſi agnaſcendo ipſo jure teſtamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio ſuo herede à patre exheredato. Atque ita procedunt loci modo citati. Et ſic etiam nepos ex filio emancipato eoque exheredato natus ob ſui præteritionem non admittitur jure prætorio ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *l. 4. §. 1. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Quippe hic filio, qui exheredatus eſt, ſatis-

factum eſt, valetque ipſo jure teſtamentum, etſi nepos præteritus ſit: nec ſcripto herede adeunte poteſt nepos in locum ſui heredis ſuccedere, ex capite ſecundo legis Velleæ; quoniam mortis tempore cum filius præceſſit. *l. Gallus* 29. §. *ſequenti* 13. *ff. de lib. & poſt. l. ſi quis filium* 34. *C. de inoff. teſt.* nec ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admitti; quia præteritio nepotis hoc caſu pro exheredatione eſt, & prætor exheredatos non agnoſcit, *d. l.* 4. §. 1. *junct. l.* 8. *pr. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Attamen querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non poteſt: quippe hic admittitur nepos ex edicto ſucceſſorio, quoniam ipſe immerito præteritus eſt; quo caſu teſtamentum quidem valet, quia præteritio iſta vice exheredationis eſt: cæterum admittitur ad querelam, quæ datur adverſus teſtamentum ipſo jure validum: & licet per exheredationem filii ſatisfiat formæ & ſolennitati internæ, quæ jure civili ad ſuſtinendum teſtamentum ſufficit, non tamen ſatisfit juri naturali, non pietati; non officio paterno vel avito. Neque vero hæc contraria ſunt, teſtamentum non rumpi, & tamen adverſus id, ut inofficioſum, dari querelam: ut enim querela competat, neceſſe eſt teſtamentum non rumpi. §. 2. *Inſtit. de inoff. teſt.* Facilius vero querela datur, quam teſtamentum rumpitur: ratio eſt, quia rupti teſtamenti jus ſtatim vitiatur, nec ex eo locus unquam patet ſcriptis heredibus. At poteſt querela competere, ut tamen nihilo magis teſtamentum reſcindatur.

Secundo objicitur. *l. ſi quis filium.* 34. *C. de inoff. teſt.* quo loco Juſtinianus ait, nepotem olim, ubi filius exheredatus non præparata querela deceſſiſſet, omne adjutorium dereliquiſſe, cum tamen ſententiam noſtram ex jure veteri defendamus: Juſtinianus autem diſerte jus vetus corrigit, primuſque conſtituit, ut filius querelam etiam non præparatam tranſmittat ad nepotem, ut nepos in hac cauſa à vetuſtate neglectus, à ſuo, inquit, vigore recreetur. Et nominatim excipit quatuor caſus, quibus filio ante querelam præparatam mortuo, nepotem à querela removet juri antiquo convenienter. 1. Si probet heres ſcriptus filium exheredatum ingratum fuiſſe. 2. Si filio certa quantitas minor legitima parte relicta ſit; tunc enim nepotem vult agere ad ſupplementum quartæ. 3. Si filius querelam repudiavit. 4. Si filius per quinquennium tacuit, ita ut querelæ præſcriptum ſit. Ergo jure veteri ſecus ſe hæc res habuit, filioque non præparata querela mortuo nepos ſine exceptione excluſus fuit Reſpondemus, Juſtinianum eo loco non agere de nepote ex propria perſona accuſare volente, ſed loqui de transmiſſione querelæ, id eſt, eo caſu, quo nepos ex perſona patris ſui querelam movere vult, & tunc locum habent quatuor iſtæ exceptiones. At nos agimus de nepote, qui ex propria ſua perſona accuſare cupit ex edicto ſucceſſorio; quod & olim nepoti licuiſſe dicimus, & nunc etiam licere, nec ei obeſſe ingratitudinem patris, nec ejusdem repudiationem, aut ejus quinquennale ſilentium. Et liberum itaque nepoti erit vel ex perſona patris agere ob tranſmiſſam ad ſe querelam ex *d. l. ſi quis filium. C. de inoff. teſtam.* quod & interdum ipſi utilius eſſe poteſt, puta ſi nepos ex juſta cauſa ſit præteritus, pater autem immerito exheredatus: vel ex perſona ſua, ſi melius faciliuſque de ſua, quam patris pietate docere poſſit. Atque ita fere poſt *Azonem, Bartolum, Dyn. Caſtrenſem Coſtalius. & Anton. Rubeus, ad l. pater.* 14. *ff. eod. tit.* Donellus 19. *comm.* 7. *& ibid. in not. Oſvvald. Hillig.* Diſſentiunt Bachovius ad *Treutl. diſp. de inoff. teſtam. theſ.* 5. *Timæus. Faber diſp. anniverſ.* 19. *theſ.* 4. *Alciatus lib.* 4. *paradox. c.* 16. fluctuat, ut & alii fere. Gomezius 1. *var. reſol.* 11. *n* 21. hanc quæſtionem altam & ſtabilem vocat, licet & ipſe diſſentiat, victus iis objectionibus, quas nos videmur protſus removiſſe.

CAP. XXI.

An liberi juſtè exheredati connumerentur in computatione legitimæ, ſeu an cæteris partem faciant.

QUæſtionis hujus ſenſus eſt, an liberi juſta ex cauſa exheredati re ipſa adhuc inter liberos numerentur, perindeque habeantur, ac ſi partem ſuam accepiſſent, ad eum nimirum effectum, ut cæterorum legitima minuatur & tanta nec major ſit, quam quanta fuiſſet nemine exheredato? Veteres uno verbo hoc dicunt partem facere. Quæſtio non minus, quam illa ſuperior & proxime præcedens, alta,

alta, profunda & difficilis, de qua conſultus Raphaël Cumanus non habuit, quod reſponderet, teſte Jaſone in *auth. noviſſima C. de inoff. teſt.*

Dynus & Salicetus in *d. auth. noviſſima*, putant eum; qui juſte exheredatus eſt, non connumerari, id eſt, in computatione legitimæ partem non facere. Igitur ſecundum hanc ſententiam, ſi pater unum ex duobus filiis merito exheredaverit, alteri exheredato legitimam reliquerit, hujus legitima erit quadrans, non ſeſcuntia; hodie triens, non ſextans. Bartolus in *l. pater filium* 14. *ff. de inoff. teſt.* contra putat eum, qui juſte exheredatus eſt, connumerandum, & in computanda quantitate portionis legitimæ partem aliis facere. Proinde ex Bartoli ſententia, ſi pater ex duobus filiis alterum juſte exheredaverit, alteri autem legitimam reliquerit, is cui legitima relicta eſt, habebit duntaxat ſeſcunciam, hodie ſextantem, per *l.* 8 *§. quoniam autem.* 8. *ff. de inoff. teſtam.* Alii putant melius eſſe ſi media hic via ineatur, ut quantitas legitimæ ſtatuatur ex facti contingentia. Et quidem ſi exheredatus repudiaverit querelam, aut eam inſtituerit quidem, ſed judicio victus ſuccubuerit, magis eſſe ut hoc caſu partem non faciat, ſed pars ejus accreſcat fratri in legitima inſtituto, *per l. filio.* 16. *pr. ff. eod.* quippe hunc demum juſte exheredatum dici, qui non poteſt amplius cum ſucceſſu queri, & ad eum propriè quæſtionem propoſitam pertinere, propterea quod hujuſmodi exheredati pro mortuis habentur per *l. qui repudiantis. in fin.* 17. *ff. de inoff. teſt. l.* 1. *§. ſed & ſi.* 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib. l. ſi poſt.* 10. *§. liberi* 4. *& §. ſeq. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* & ſic procedere ſententiam Dyni & Saliceti. Cæterum ſi exheredatus nec repudiaverit querelam, nec poſt eam motam victus ſit, hoc caſu, quia nondum apparet, utrum partem aliquam ſit accepturus, nec ne, interim partem eum facere, argumento ducto a contrario ſenſu ex *d. l. qui repudiantis, & l. ſi ponas.* 23. *§. ult. de inoff. teſt.* atque hoc modo defendi poſſe opinionem Bartoli.

Pendet autem deciſio hujus tam arduæ quæſtionis ex alia huic affini & tantum non eadem; nimirum an & quando in querela inofficioſi locus ſit juri accreſcendi? quam ob cauſam è re erit de ea prius cognoſcere, quam quid certi definiamus de propoſita. Et quidem ſi quis cum duos haberet filios, utrumque exheredavit, & utrique legitimam reliquit; hoc caſu fruſtra diſputatur de jure accreſcendi aut parte facienda: quoniam neuter vel inofficioſum teſtamentum dicere poteſt, vel ad ſupplementum agere. Sed ponamus caſum diverſum. Pater duos habens filios utrumque exheredavit, & neutri legitimam reliquit. Hoc caſu cum uterque queri poſſit, ſi unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit, ita ut ille qui queritur, tantum ſemiſſem hereditatis petere debeat; ita tamen ut ſi alter poſtea accuſare nolit, aut tempore excluſus ſit, pars ejus accreſcat ei, qui egit & obtinuit. *l. filio.* 16. *l. ſi ponas.* 23. *§. ult. ff. de inoff. teſt.* & de hoc eodem caſu agit Paulus in *l. qui repudiantis* 17. *ff. eod.* ubi ait eum, qui repudiavit querelam, partem non facere his, qui ideo quod legitimam non habent, querelam movere volunt. Quod ſi tamen alteruter in ſolidum egerit, antequam alter querelam repudiaſſet, & caſu aliquo obtinuerit, puta quod ſcriptus heres eum non repellebat, alteri etiam, qui non repudiavit, victoria proderit, arg. *l.* 6. *§.* 1. *ff. eodem.* Ponamus rurſus alium caſum. Pater è duobus filiis exheredatis alteri duntaxat legitimam reliquit, alteri nihil: atque ita ſatisfecit primo, non autem ſecundo. Secundus non queritur, ſed primus, & dicit ſibi non eſſe relictam integram legitimam: cum enim ſecundus, qui ſolus queri poteſt, non queratur, ait ſibi quaſi nunc ſoli filio deberi quartam omnium bonorum, non ſeſcunciam aut quartam ſemiſſis. Hic, inquam, primus, cui portio legitima relicta eſt, neque querelam movere poteſt, neque ex conſtitutione Juſtiniani ad ſupplementum agere. Ratio eſt, quia factum illud patris legitimam ſecundo exheredato non relinquentis non debet prodeſſe primo, qui portionem debitam habet. Et hoc caſu exheredatus alteri partem facit; quia ſcilicet neceſſe eſt eum alteri partem facere, cum ejus deficientis portio alteri quartam habenti, ac propterea querela excluſo, per quam ſolam ad hereditatem poterat pervenire, accreſcere non poſſit, & hic eſt caſus, qui tractatur in *l.* 8. *§. quoniam.* 8. *ff. de inoff. teſtam.* Quod ſi exemplum ad jus τῶν νεαρῶν accommodare velimus, ponendus caſus, quo pater extraneo herede ſcripto unum ex filiis in legitima inſtituit, alterum exheredavit; & ſic porro. Atque hæc quidem ita procedere fatentur qui mediam, quam dixi, ſententiam ſequuntur, ſi ſecundus, qui legitimam non accepit, taceat, & querelam, quam movere poteſt, non inſtituat. At ſecus eſſe exiſtimant, ſi ſecundus repudiaverit querelam, aut in ea victus ſit, aut præſcriptione quinquennali excluſus: tunc enim primo

ſeſcun-

ſeſcuncem non ſufficere ad legitimam, ſed ei deberi quadrantem, aut nunc trientem: ac proinde jure veteri, quia integra legitima ei relicta non eſt, de inofficioſo agere & totam hereditatem vindicare poſſe. *l. qui repudiantis.* 17. *l. ſi ponas.* 23. §. *ult. ff. de inoff. teſt.* Ex conſtitutione autem Juſtiniani, quia utique partem legitimæ habet, ſupeteſſe ei actionem ad ſupplementum. *l. omnino.* 30. *C. eod. tit.* Cur autem ſecundo repudiante quetelam, aut ea quocumque modo amiſſa, primus jam rectè de inofficioſo agat, ad suppletionem petat, hanc eſſe rationem, quia ſecundus poſtquam queri poſſe deſiit, pro mortuo habetur. *per d. l. qui repudiantis. in fin. pr. ff. eod. l.* 1. §. *ſed & ſi* 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib.* Sed male mea quidem ſententia. Nam juri accreſcendi locus dari non poteſt, niſi ab initio utriſque querela competierit. Si vero unus exheredatorum querela ab initio excluſus ſit, eo quod legitima ei relicta, huic alter, qui non queritur, partem facit non modo interim & quamdiu alter adhuc queri poteſt; ſed etiam quandò queri poſſe deſiit. Sic enim Ulpiani hanc quæſtionem decidentis in *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *ff. de inoff. teſt.* verba hæc, *an exheredatus partem faciat, qui non queritur, &c.* accipienda ſunt, nempe qui non queritur omnimodo, ſive quia ſemel agere noluit, ſive quia judicio victus aut tempore excluſus eſt. Omnino enim diſtinguendum eſt inter querelam, in qua locus eſt juri accreſcendi, & legitimam relictam, in qua non item. V.C. qui habet mille in bonis & duos filios, utroque exheredato, ſed uni 125 nomine legitimæ relictis deceſſit, quæ quarta pars eſt portionis ab inteſtato huic uni debitæ. Jus ita fuit, ut cui legitima integra relicta eſſet quocunque titulo, querela excluderetur; ſi vero vel minimum deeſſet, admitteretur, in quo utroque aliquid poſtea innovatum. Si igitur is, cui vel nihil vel minus relictum, & qui ob id queri de inofficioſo poteſt, non queratur, an per hoc alter querelam nanciſcetur; quam non eſſet habiturus priore querente? Sic viſum mediæ ſententiæ auctoribus: quia cum remoto fratre jam ſolus ſit, nomine legitimæ jam illi debeantur 250. ſed contra deciditur in *d. l.* 8. §. *quoniam* ſcilicet nihil amplius eum conſecuturum, & per illa 125. quæ ipſi nomine legitimæ relicta ſunt, querela excludi. At pone utrumque exheredatum & neutri quid legitimæ nomine relictum eſſe: hoc caſu ſi unus non queratur excluſus repudiatione vel tempore, is alteri partem non facit, ac proinde alter, cui querela integra, teſtamentum in totum ſubvertit, atque ex aſſe ab inteſtato ſuccedit.

Ex his jam opinor, apparet, quid ſtatuendum ſit de quæſtione propoſita, utrum is, qui juſte exheredatus eſt, inter liberos adhuc numeretur, ita ut partem iis, quibus legitima relicta eſt, faciat, nec ne? nimirum numerari & in computatione legitimæ partem aliis facere ſecundum ſententiam Bartoli. Ratio ſolida; quia nulla hic eſt conjunctio; ut proinde nec jus accreſcendi. Etenim rite & juſte exheredatus nec ad hereditatem vocatur ex teſtamento, quippe quo excluſus eſt; neque ab inteſtato, quia ad ſucceſſionem inteſtati venire non poteſt, niſi teſtamento per querelam everſo: Sed nec prætor exheredatione notatos ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas invitat. *l. non putavit.* 8. *ff. cont. tab.* Adde quod cum adverſus patrem ingratus fuerit, commodum ejus partis heredis eſſe debet, cujus eſſe pater voluit. Juri vero accreſcendi tunc locus eſt, quando quid de portione deficiente fieri debeat, nec lex nec teſtator cavit. Hic autem teſtator voluit eam acquiri heredi inſtituto, *per l. ſi pactum.* 9. *ff. de probat. auth. hoc amplius. C. de fideicomm.* ac juſta eſt patris voluntas quoad hunc filium ingratum. Aliud eſt, ſi utrumque filium immerenter exheredavit, & alter non agat: quia tunc voluntas ejus ratione utriuſque filii injuſta eſt. Denique delictum unius non debet prodeſſe alteri. Non obſtat, quod alicubi dicitur exheredatum pro mortuo haberi: Id enim verum eſt, quantum attinet ſucceſſionem ejus, à quo exheredatus eſt: cæterum non eſt trahendum extra terminos ſuos: nec argumentum ductum à bonorum poſſeſſione contra tabulas, in qua exheredati nunquam petentibus partem faciunt: nam cum exheredati à contra tabulas bonorum poſſeſſione, tanquam peregrini, in totum arceantur, nec partem ibi facere poſſunt. Sed nec quando unus de inofficioſo queri poteſt, juſte exheredatum ei partem facere dicimus, ſed tunc quando alter ob id quod legitimam accepit, nullum jus de inofficioſo agendi & legitimam hereditatem petendi habet. Ita recte poſt Bartolum Donellus *lib.* 19. *comm. c.* 9. *& Hilligerus in not. ib. Bachov. ad Treutl. diſp. de inoff. teſt. theſ.* 15. atque hanc opinionem, ut ſaniorem, laudat. *Pet. Greg. Tholoſanus lib.* 44. *ſyntagm. c.* 5. *n.* 8. Diſſ. cum *Dyn. Salicet. Sichardus in d. auth. noviſſima. n.* 27. De filiabus ſtatuto excluſis res minus dubia: quoniam cum filiæ extantibus maſculis ſtatuto in totum excluſæ, nullum jus ſuccedendi aut querendi habeant, partem face-

facere non poſſunt, ſed perinde hujus effectus intuitu habentur, ac ſi non eſſent: & intelligitur ſtatutum voluiſſe cæterorum portionem augere. *Bachovius, ubi ſupra.*

CAP. XXII.

Legitima ſitne bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat ullum gravamen?

AD neutram harum quæſtionum ſimpliciter aut affirmando aut negando reſponderi poteſt. Nam ad priorem quod attinet, ſi ponamus filio juſte exheredato legitimam eſſe relictam titulo ſingulari, tunc utique legitima non hereditatis, cujus nullam partem exheredatus obtinet, ſed bonorum quota eſt, ut & quarta ex conſtitutione divi Pii. *l.* 2. §. 1. *ff. fam. erciſc.* §. 3. *Inſt. de adopt.* Idemque dicendum eſt, ſi inſtitutus quidem ſit filius, ſed aut in re certa adjuncto ei coherede ſimpliciter ſcripto vel ex parte aſſis, aut certis rebus contentus eſſe juſſus ſit, quo caſu legatarii loco habetur, ut neque actiones hereditarias exercere, neque à creditoribus hereditariis conveniri queat. *l. pen. C. de hered. inſtit.* §. *ſi quis.* 9. *Inſt. de fideic. hered. l. ſi legatus.* 30 §. *multum intereſt.* 3. *ff. ad Senat. Treb.* At ex diverſo ſi filius heres inſtitutus ſit vel in ipſa legitima, quæ olim erat quarta pars debitæ ab inteſtato portionis, hodie ejuſdem portionis triens aut ſemis pro numero liberorum, *Nov. de trient. & ſemiſſ* vel ex parte aliqua hereditaris, puta ex uncia, ſextante, &c. hic ut filius revera heres eſt, ita & legitima erit quota hereditatis. Fieri enim non poteſt, quin ea pars, quam tanquam heres jure hereditario habeo & titulo inſtitutionis, ſit pars hereditatis. Male igitur *Gail.* 2. *obſerv.* 119. *num.* 12. & *obſ.* 120. *num.* 2. poſt Salicetum & alios in *l. ſcimus.* 36. *in fin. C. de inoffic. teſtam.* generaliter & ſimpliciter definit, legitimam eſſe quotam bonorum, eo quod accipitur deducto ære alieno *l.* 8. §. *quarta.* 9. *ff. de inoff. teſtam.* & bona cujuſque intelliguntur, quæ deducto ære alieno ſuperſunt. *l. ſubſignatum.* 39. §. 1. *ff. de verb. ſign.* Inepta ratio: nam & in ponenda ratione legis Falcidiæ ante deducitur æs alienum, §. *ult Inſtit. de leg. Falc.* cum tamen in confeſſo ſit, quartam Falcidiæ eſſe partem hereditatis, atque in eam nihil aliud imputari, quam quod heres jure hereditario capit. *l. in quartam.* 91. *pr. ff. ad leg. Falc.* Antequam enim ſumma conſtituatur, unde legitima aut quarta Falcidiæ deducenda ſit, neceſſe eſt exquiri, quid in patrimonio & bonis defuncti ſit habendum: ſiquidem ex eo filius legitimam, τὸ νόμιμον μέρος, heres quartam habere debet. Ex eo autem non ſequitur, filium ex portione legitima inſtitutum, eam portionem non habere jure hereditario aut tanquam partem hereditatis, ut nulla onera hereditaria ſuſtineat. Sed hic nobis via aperitur ad quæſtionem alteram, nempe an legitima recipiat ullum gravamen?

In hac quoque quæſtione diſtinctio adhibenda eſt, & primum diſcernenda onera, quæ ex diſpoſitione teſtatoris proficiſcuntur, ab iis, quæ exurgunt ex ipſo jure hereditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex teſtamento vel ex ulla alia diſpoſitione teſtatoris oriatur. *l. quoniam.* 32. *C. de inoff. teſtam.* Et ratio eſt, quia legitima non ex judicio teſtatoris, ſed ex proviſione legis debetur. Cui conſequens ut gravamen legitimæ impoſitum, pro non adjecto habeatur. *Fac. d l* 32. & *auth. noviſſima. C. eod. Gail.* 2. *obſ.* 119. *n.* 2. Et igitur non poterit legitima gravari fideicommiſſo, vel alio ſubſtitutionis onere; in tantum, ut nec nuda ejus proprietas, liberis relinqui queat deducto uſufructu. Cujus rei hæc ratio eſt, quia ſi uſusfructus aliis relinqueretur, differretur legitimæ præſtatio contra *d. l.* 32 & mirum eſt diſſentire Cæpollam *cautel.* 21. cum diſertis verbis Juſtinianus conſtituat, ut filius legitimam pleno jure habeat, nec ſufficiat nudam legitimæ proprietatem filio relinquere, ſed neceſſe ſit ſimul relinquere ipſum jus utendi fruendi. *Nov.* 18. *c.* 3. *auth. noviſſima. C. de inoff. teſtam.* Atque hoc modo accipiendum eſt, quod identidem inculcatur, legitimam non recipere ullum onus, dilationem, moram, modum, aliudve gravamen. *l. omnimodo.* 30. *d. l. quoniam.* 32. *d. l. ſcimus.* 36. *C. de inoff. teſtam.* nempe non recipere ex voluntate aut diſpoſitione teſtatoris. Neque hic refert jure

hereditario legitima obtineatur, atque ut pars hereditatis, an ut quota bonorum. Cæterum quod attinet ad ea onera, quæ ex ipſo jure hereditariæ portionis emergunt, ea haud dubiè etiam ad portionem legitimam pertinent, quando ea obtinetur titulo inſtitutionis; & jure hereditario, veluti cum filius ex ea aut parte aliqua aſſis inſtitutus eſt: quamvis ſecus ſit, cum ea obvenit ut pars bonorum; quod evenit, cum filio juſte exheredato relicta eſt, aut ſi inſtitutus quidem ſit filius, ſed in re certa adjecto coherede indefinite, aut ex parte hereditatis ſcripto, ut ſupra diximus. Sed utique, quando filius, ut heres legitimam obtinet, conſequens omnino eſt, ut ad eum quoque onus æris alieni pro rata hereditatis parte pertineat. Similiter nec quartæ Trebelliani poteſt ullum onus imponi ex diſpoſitione teſtatoris, nec ea fideicommiſſo gravari poteſt; & tamen heres fiduciarius pro rata parte ſuſtinet onus æris alieni, & pro quadrante à creditoribus hereditariis conveniri poteſt, *§. ſed quia 7. Inſt. de fideic. hered.* Nullam autem neque hic quarta ſenatusconſulti, neque illic triens aut ſemis legitimus deminutionem patitur. Non obſtat, quod legitima dicitur accipi deducto ære alieno. *l. 8. §. quarta 9. ff. de inoff. teſtam.* Id enim pertinet duntaxat ad eam computationem, qua ad calculum revocatur, quantum ſit in legitima, nihilſque aliud eo ſignificatur, quam quod in computatione bonorum defuncti ineatur etiam ratio æris alieni, ut ſciri poſſit, quantum eo deducto legitimæ nomine debeatur, non quod filius heres in ea portione inſtitutus non teneatur pro rata reſpondere creditoribus hereditariis. Sic in ineunda ratione quartæ Falcidiæ etiam initur ratio æris alieni. *§. ult. Inſt. de leg. Falc.* non ob id, quod heres nomine æris alieni à creditoribus hereditariis conveniri nequeat; ſed tantum ut ſciatur, quantum teſtator in bonis habuit, unde Falcidia deducenda: in bonis autem id ſolum habere intelligimur, quod deducto ære alieno ſupereſt. *l. ſubſignatum. 39 §. 1. ff. de verb. ſign.*

CAP. XXIII.

Petitio hereditatis an detur contra poſſidentem titulo ſingulari?

PEtitio hereditatis eſt actio in rem, qua hereditatem noſtram & per hereditatem res ſingulas hereditatis petimus ab eo, qui quid earum pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet. Competit igitur ei hæc petitio, qui hereditatem, quam petit, ſuam eſſe intendit, utpote vel ex teſtamento vel ab inteſtato ſibi delatam, & ſibi ſive per ſe, ſive per alios acquiſitam. *l. 2. l. 3. ff. de hered. petit.* eſſe hanc petitionem actionem in rem pleriſque locis diſerte traditum eſt. *l. ſed & ſi 25. §. propen. ff. de hered. petit. l. 1. l. ſin autem 27. §. 3. ff. de rei vind l 1. §. ult. ff. ſi pars hered. petit.* Cæterum ita in rem eſt, ut tamen habeat præſtationes quaſdam perſonales. *d l. 25. §. prepen.* propter quas mixta perſonalis appellatur, & demum 30. annorum præſcriptione ſummovetur. *l. 7. C. de pet. her.* & inter bonæ fidei judicia numeratur. *§. actionum 28. Inſt. de action.* licet cæteræ in rem ſint arbitrariæ. *§. præterea 31. Inſt. eod.* Datur adverſus eum, qui quid hereditarium pro herede prove poſſeſſore poſſidet, dolove malo fecit, quominus poſſideret. *l. 9. l. 13. §. pen l. ſed & ſi 25. §. perinde 8. ff. d. tit.* Pro herede poſſidere dicitur, qui putat ſe heredem eſſe. *l. pro herede 10. ff. eod.* Pro poſſeſſore poſſidet tum prædo, qui nullam aliam cauſam affert, quam quod poſſideat, *d. l. 10. §. 1. & 2. ll. ſeqq eod.* tum is, qui affert quidem aliquam, ſed injuſtam & inutilem: omnibus enim titulis inutilibus hic pro poſſeſſore hæret & adjunctus eſt, id eſt, omnes hi tituli recipiunt & in ſe habent titulum pro poſſeſſore, ut qui eos allegat, pro poſſeſſore poſſidere, & hereditatis petitione teneri intelligatur *l. nec ullam 13. §. 1. ff. eod.* ubi obiter notandum, etſi omnis prædo pro poſſeſſore poſſideat, non omnem tamen, qui pro poſſeſſore poſſidet, prædonem haberi, veluti ſi titulum, licet inutilem, alleget. *d. l. 13. §. ſi quis 8 ff. eod. add. Goedd. ad l 109. de verb. ſign. n. 7. & ſeq.* Quod ſi quis juſto aliquo titulo rem hereditariam poſſideat, veluti pro empto vel donato, res vindicanda eſt ſpeciali in rem actione, quæ ſimpliciter adverſus quemcunque poſſeſſorem datur. *l. 7. C. eod. tit. l. 4. C. in quib. ca. ceſſ. long. temp. præſc.* Hanc autem diſſimilitudinem peperit diſſimile jus petitorum. Nam qui ſpeciali actione in rem agit, aut dominus eſt, aut jus affine dominio habet, cui ſemper æquum eſt rem reſtitui. Semper enim dominus plus juris habet in re ſua, quam quilibet etiam juſtiſſimus poſſeſſor. *l. 9. ff. de rei vind. l. 3. C. eod.* At qui heres eſt, non idem continuo & dominus rei hereditariæ. Quid enim ſi defuncto commodata ſit, aut apud eum depoſita. Equidem fieri poſſe non nego, ut heres idem ſit & dominus: ſed quia contra etiam fieri poteſt, ut is ſit domi-

nus,

nus, qui rem pro emtore, pro donato, pro legato poſſidet, in pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet. *l. in pari. 128. ff. de reg. jur. DD. in d. l 9. Sichard. in l. 2. C. eod. Zaſ. parat. ff. eod. n. 7.* Sed enim hoc ipſo quod quis heres eſt, plus juris habet, quam is, qui pro herede poſſidet, aut pro poſſeſſore, ſive cauſam ſuæ poſſeſſionis afferat, ſive non. Nec vero alios titulos poſſeſſio hereditatis admittit, cum nemo alius nominis juriſque hereditarii controverſiam faciat, niſi qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet. *d. l. 9. de hered. petit. l. 7. C. eodem. Cujac. 10. obſ. 1.*

Atque hoc quidem jus in directa petitione hereditatis perpetuum eſt. Utilis autem petitio hereditatis datur bonorum poſſeſſori, quæ vocatur poſſeſſoria hereditatis petitio: item fideicommiſſario, id eſt, ei cui ex ſenatusconſulto Trebelliano reſtituta eſt hereditas, quæ fideicommiſſaria hereditatis petitio: ac de utraque tituli proprii in π Ex contrario quoque utili petitione tenentur, bonorum poſſeſſor non verus, id eſt, qui putat ſe bonorum poſſeſſorem eſſe, cum non ſit, *l. pro herede. 11. ff. eod. tit.* fideicommiſſarius, qui hereditatem à falſo herede accepit, *d. l. nec ullam. 13. §. ſed & ſi. 6. ff. eod. l. 1. C. de inoff. teſt.* item emptor, qui hereditatem aut partem univerſi juris emit à non vero herede. *d. l. 13. §. ſi quis 8.* Sed ita demum emptorem conveniri placet, ſi aliter res petitori ſalva eſſe non poteſt, aut ſi non expediat petitori hereditatem à venditore peti, quem directa petitione teneri certum eſt. *d. l. 13. §. quid ſi quis. 4.*

Excutiamus jam, quod in quæſtione eſt, an petitione hereditatis teneatur, qui quid hereditarium poſſidet titulo ſingulari? Non una autem hic utendum diſtinctione. Poſſeſſor aut nullum titulum allegat, qui in ſpecie dicitur pro poſſeſſore poſſidere, aut allegat titulum, ſed univerſalem, ſcilicet pro herede: & uterque hac petitione tenetur: aut allegat titulum ſingularem, & hunc vel in univerſitate ſive hereditate aut parte hereditatis, & nonnullo caſu utili petitione hereditatis, ratione objecti ſic dicta, conveniri poteſt, *d. l. 13. § quid ſi quis. 4. ff. l 2. C. eod.* vel in re ſingulari, & hunc iterum vel provenientem ex actu inutili & jure invalido, veluti ſi quis rem ab uxore donatam pro donato ſe poſſidere dicat, aut pro dote, quam accepit ab impubere ſibi nupta, & tenetur tanquam poſſidens pro poſſeſſore, *d. l. 13. §. 1.* vel ex actu utili & jure valido, puta eo, quod ſe rem emiſſe, aut ſibi donatam legatamve eſſe, atque hiſce titulis ſe poſſidere affirmet: & non tenetur ſive bona ſive mala fide poſſideat. *l. 7. C. de petit. hered. l. 4. C. in quib. caſ. ceſſ long. temp. præſcr.* Illud porro hic cavendum, ne confundamus poſſeſſorem rei ſingularis cum poſſeſſore titulo ſingulari: hic enim petitione hereditatis non tenetur, etiamſi, ut modo dixi, poſſideat mala fide, ſed res ab eo vindicanda eſt ſpeciali in rem actione: ille vero hac actione tenetur, tametſi bonam fidem habeat, ſeque heredem eſſe putet. Finge unam aliquam rem hereditariam & vel minimam pro herede ab aliquo poſſideri, is hac petitione tenetur non minus, quam ſi totam hereditatem ejuſve bonam partem eodem modo poſſideret, *l. 9. & l. ſeq. in pr.* Ratio eſt, quod is, qui vel unam rem hereditariam pro herede tenet, poſſidet, totam hereditatem & univerſi juris ſucceſſionem ſibi aſſerit, aut aſſerere poteſt, ac proinde hic etiam univerſalis actio inſtitui decet, licet executio tantum fiat in re unica poſſeſſa. *Cacheran. deciſ. 84.* Semper enim & principaliter in hanc petitionem venit hereditas; at per conſequentiam etiam ſingulæ res hereditariæ; ut in definitione expreſſum eſt. *l. 7. §. ult ff. de except. rei judic.*

CAP. XXIV.

An ei, qui non poſſidet, actio aliqua jure prodita ſit, qua conſequatur impenſas in rem alienam factas?

De qualitate impenſarum, quæ in rem alienam fructuum quærendorum, aut colligendorum conſervandorumve gratia factæ ſunt, non eſt laborandum, cum hæ omnes citra ullam diſtinctionem ab omnibus poſſeſſoribus deducantur. *l. ſi à domino. 36. §. ult. ff. de hered. petit. l. 7. pr. ff. ſolut. matrim.* ubi hæc ratio à veteribus redditur, quod fructus non intelligatur, niſi quod deductis impenſis ſupereſt. Ubi vero in rem ipſam impenſæ factæ proponuntur, hic illa tripertita impenſarum diſtinctio conſtituenda eſt, quod aut neceſſariæ ſunt, aut utiles, aut voluptuariæ *l. 1. ff. de impenſ. in rem dot. fact. l. impenſæ. 79. ff. de verb. ſign.* quia non omnium in deductio-

ne eadem ratio. Neceſſariæ ſunt, quæ ſi factæ non eſſent, res aut interitura fuiſſet, aut deterior futura. Utiles, quæ fructum quidem augent, ſed quibus non factis, res non minus integra foret. Voluptuariæ, quæ ſpeciem, τὸ εἶδος duntaxat ornant, ſine ulla utilitate. *d. l.* 1. *§. ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *ſ.* 6. *&* 7. *de impenſ. in rem dot. d. l.* 79. *per tot. de verb. ſign.* ubi & exemplis hæ definitiones illuſtrantur. Neceſſariarum impenſarum deductio tributa eſt omnibus poſſeſſoribus, etiam iis, quæ mala fide poſſident. *l. planè.* 38. *pr. ff. de her. petit. l.* 5. *C. de rei vind.* quoniam hæc deductio non perſonæ poſſidentis, ſed cauſæ tribuitur, ne ſcilicet petitor cum damno poſſeſſoris, (cui nulla hoc nomine culpa objici poteſt, quod rem alioqui perituram ſervavit) lucrum faciat. *d. l.* 38. *ff. de hered. petit.* Non obſtat *l.* 1. *C. de infant. expoſ. l. ex argento.* 13. *ff. de cond. furt.* loquuntur enim de rebus mobilibus & fure, cujus conditio propter continuationem furti non debet melior fieri. *l. inficiando.* 67. *§.* 2. *ff. de furt. Fachin.* 1. *controv.* 54. In utilibus autem ſervandis melior eſt conditio bonæ fidei poſſeſſoris, quam poſſeſſoris malæ fidei. Bonæ fidei poſſeſſor, qui in rem alienam utiles impenſas fecit, v. c. in aliena area ædificium poſuit, eas deducere, id eſt, ſervare poteſt per retentionem oppoſita doli mali exceptione, ſi dominus rem ſuam vindicet, non oblata reſtitutione pretii materiæ & impenſarum. *l. ſumptus.* 48. *ff. de rei vind. d. l.* 38. *ff. de hered. petit.* Et hoc eſt, quod Gajus in *l* 7. *§. ex diverſo.* 12. *ff. de acq. rer. dom.* & Juſtinianus §. 30. *Inſtit. de rer. diviſ.* ajunt, ſi in poſſeſſione, conſtituto ædificatore ſoli dominus petat ædificium, nec ſolvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli, utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, qui ædificavit: nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui poſtulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior. *l.* 14. *ff. de condict. ind. l.* 1. *ff. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo uſque duntaxat dandam, quo res facta eſt pretioſior, *l. in fundo.* 38. *ff. de rei vind.* & ita demum, ſi fructuum ante litem conteſtatam perceptorum modum excedant. *d. l. ſumptus.* 48. *l. emptor.* 65. *ff. eod. tit.* Nam qui ſuum duntaxat recipere vult, nihil dolo facit, *l. nihil dolo* 129. *ff. de reg. jur.* nec ſtudet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impenſæ minuantur. Apparet autem ex *d. l.* 38. *ff. de rei vind.* jus hoc non eſſe perpetuum, ſed regulare duntaxat, atque pro varietate circumſtantiarum aliud atque aliud æquitate ſuadente ſtatui poſſe, multaque in hoc articulo arbitrio permittenda boni judicis. Malæ vero fidei poſſeſſoris deterior in hoc genere impenſarum conditio eſt: quippe cui nulla eo nomine deductio conceſſa. *l.* 5. *C. de rei vind. l. Julianus.* 37. *in fin. ff. eod. l.* 7. *§. ex diverſo.* 12. *ff. de acq. rer. dom.* Ratio eſt, quia ſi is item ſimili exceptione ſe tueri velit adverſus dominum vindicantem, culpa ei objici poteſt, & à domino replicari, quod temere & ſciens ædificaverit in ſolo alieno, ac proinde tantum non ſua ipſius voluntate materiæ proprietatem amiſerit. *§. ex diverſo.* 30. *Inſt. de rer. diviſ.* æquum quidem eſſe, ut ſumptus per errorem facti retentione rei ſerventur. *l. ſin autem.* 27. *§. ult. ff. de rei vind.* at qui improbe facti ſunt, reſtituendos non eſſe. *l.* 5. *C. de ædif. privat.* Enimvero ſi qua probabilis conjectura ſit, ob quam videri poſſit, licet ſciens, non tamen animo donandi hujusmodi ſumptus feciſſe, aliud dixerim, per *l* 2. *C. de rei vind.* veluti ſi ædificaverit in ſolo litigioſo: dicam id ſui juris poſſeſſioniſque tuendæ cauſa potius feciſſe, quam animo donandi. Quid igitur eſt, quod Paulus ſcribit in *d. l.* 38. *ff. de hered. petit.* etiam in perſona prædonis rationem haberi utilium impenſarum, ne petitor ex aliena jactura locupletior fiat? Reſpondemus, Paulum non dicere prædonem etiam tales impenſas deducere, ſive per retentionem oppoſita doli mali exceptione ſervare poſſe; ſed hoc tantum in hujus quoque perſona haberi rationem impenſarum neceſſariarum & utilium: nempe hactenus, ut neceſſarias quidem deducat, quarum deductio poſſeſſoribus omnibus tributa. *l.* 5. *C. de rei vind.* utiles vero ſine læſione rei tollat: hoc enim ſolum ei permiſſum eſt *d. l* 5. *d. l. Julianus. in fin. de rei vind.* nec aliter tamen, quam ſi ſublato eo, quod poſuit, aliquid lucri laturus ſit, neque tantum ei offerat petitor. *d l.* 38. *ff eod.* Etenim cum ſtricto jure ne tollendarum quidem utilium impenſarum prædoni poteſtas ſit, recte dicitur in ejus quoque perſonam harum impenſarum ratio haberi, cum facultas eas tollendi ex æquitate ei conceditur. Quod ſi petitor pro jure ſuo *d. l.* 38. *ff. eod.* pati nolit, ut eas impenſas poſſeſſor tollat, hic jam & earum deducendarum poteſtas ei permittitur, ne, quod ait Juriſconſultus in *d. l.* 38. *ff. de hered. petit.* ex aliena jactura petitor lucrum ſentiat: quæ ratio in impenſis utilibus hoc demum caſu locum habet: non autem ſi paratus ſit petitor, ut tollantur. Voluptuariarum impenſarum, quatenus tales ſunt,

ſunt, nulla deductio eſt, ceſſante videlicet cauſa, quæ huic deductioni locum faciat. Plane ſi probetur petitorem eaſdem impenſas facturum fuiſſe, aut rem habere venalem, & propter hæc impendia, plus conſequuturum, *arg. d. l.* 38. *& l.* 29. *ff. de rei vind.* impenſæ, quæ per ſe voluptuariæ ſunt, naturam induunt utilium, & locus fit exceptioni doli ad eas ſervandas, ſi modo bonæ fidei poſſeſſor ſit, qui eas fecit: nam prædoni probe dicetur, non debuiſſe eum in rem alienam ſupervacuas impenſas facere. Utique tamen qui per exceptionem ſervare has impenſas non poteſt, ei poteſtas eſt tollendi, quod ſine detrimento rei tolli poteſt, etiam ſi malæ fidei poſſeſſor ſit, ut diſerte à Gaio reſponſum eſt. *l. utiles* 39. §. 1. *ff. de hered. petit.* idque contra juris apices ex humanitate conceſſum.

Hactenus nihil aliud audivimus, quam quod quædam impenſæ à quocunque poſſeſſore deduci, id eſt, poſita doli mali exceptione per retentionem rei ſervari poſſunt, nempe impenſæ neceſſariæ, & à bonæ fidei poſſeſſore regulariter quoque utiles: voluptuariarum, qua talium, deductionem non eſſe, tolli tamen poſſe ſine læſione prioris ſtatus rei. Huic autem deductioni ſeu rationi ſervandi impenſas per exceptionem locus eſſe non poteſt, niſi is, qui impenſas fecit, rem, in quam eas fecit, poſſideat, & ab eo dominus rem ſuam vindicet. Quid ergo ſi is, qui ſumptus fecit, domino poſſeſſionem tradiderit non deductis impenſis, an non hoc caſu actio aliqua ei jure prodita, qua ultro cum domino experiatur, & ſumptus à ſe factos repetat? Nuſquam certe id in libris juris noſtri traditum eſt. Et quænam, quæſo, huic actio accommodari poſſet ſalva ratione juris? Vindicationem & actionem ad exhibendum ſuſtulit lex duodecim tabularum. Actio de tigno juncto adverſus eum ſolum comparata eſt, qui ipſe tignum junxit, & junxit alienum ſuis ædibus aut vineæ ſuæ. *l.* 1. *ff. de tign. junct. l. in rem.* 23. *§. pen. ff. de rei vind.* Sed nec actioni in factum ſecundum definitionem *d. l.* 23. *§. item quæcunque.* 5. *verſ. ideoque.* hic locus eſſe poteſt: quomodo enim in factum actio adverſus eum dabitur, cujus nullum factum intervenit? Si qua hic actio ſub aliquo colore dari queat, ea erit aut negotiorum geſtorum, aut condictio indebiti: ſed neutra quoque harum competere poteſt. Non negotiorum geſtorum: quia qui in rem tanquam ſuam aliquid impendit, ſuum negotium, non alienum gerit; qua ratione quoque ei denegatur repetitio *l.* 5. *C. de rei vind.* & generaliter omnibus, qui non ſunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium ſibi obligent, *l.* 4. *C. de negot. geſt. l. in hoc.* 14. *§.* 1. *verſ. diverſum eſt. ff. comm. divid.* neque enim actus agentium operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis.* 19. *pr. ff. de reb. cred.* Non condictio indebiti: nam ut differit Julianus in *l. ſi in area.* 33. *ff. de cond. indeb.* qui poſſeſſionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum transfert: ſed tantum quod ſuum eſt, dominus ſuo jure recipit. Et extat generalis definitio Pomponii, ex quibus cauſis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea ſi ſolverimus, repeti non poſſe. *l. ex quibus* 51. *ff de cond. indeb.* nec enim ſolus error ſolventis aut tradentis condictionem parit, niſi ſimul aliquid faciat accipientis. Sed quid opus eſt ire per inductionem? De ſingulis ſi quis dubitet, conſtanter veteres omnes ſcribunt, nullo alio modo impenſas in rem alienam factas ſervari poſſe, quam per retentionem: hæc verba ſunt Juliani *l. ſi in area. in fin. ff. de cond. indeb.* Paulus in *l.* 14. *ff. de except. dol. mal.* ait non poſſe eum, qui in alieno ſolo ædificavit, aliter ſumptus conſequi, quam ſi poſſideat, & ab eo dominus ſoli rem vindicet. Papinianus in *l ſumptus.* 48. *ff. de rei vindicat.* negat expreſſe ſumptus in alienum prædium factos peti poſſe, nec ſi facti ſint à bonæ fidei poſſeſſore; ſed tantum exceptione doli oppoſita æquitatis ratione poſſe ſervari. Idem non obſcure indicat Pompon. *l.* 21. *ad SC. Trebell.* in verb. *retentiones, quas ſolas habens.* quo loco pro *ſimilem eum eſſe*, reſcribe *non ſimilem*, cum viris eminentibus Ant. Fabro, & Hugone Grotio in *ſparſ. flor.* Hoc autem remedium cum non alii competere poſſit, quam poſſidenti, non licet nobis contra manifeſtam rationem juris & tot expreſſos locos, contra *l.* 1. *l.* 9. *l. ult C. de legib.* aliud excogitare, quo ſubveniatur etiam non poſſidenti, data ſcilicet actione ad impenſas ultro repetendas, idque ſolo æquitatis obtentu, deficiente cauſa & fundamento, in quo actio radicetur: ſcilicet jure noſtro facilius alicui actione ab alio inſtituta, exceptione oppoſita in eodem judicio ſuccurritur, quam actio inducitur, quæ non niſi ex certis principiis juris naſcitur, ac proinde etſi hic ſit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen ſola naturalis obli-

 gatio

gatio actionem non producit: niſi jure civili aut prætorio adjuvetur. Argumento ſit pactum nudum, quod quamvis actionem non producit, ad exceptionem tamen paciſcenti prodeſt. *l. juris gentium.* 7. § *ſed cum nulla.* 4. *& ſeqq. ff. de pact.* Et ſic æquitas, quæ hic prætenditur, producendæ licet exceptioni potens, ad producendam actionem ſatis roboris non habet: & eſt inſtar ſpiritus, qui attollendo ſolo potens, non valet erumpere, quomodo novas interdum terras in continente naſci Plinius ſcribit *lib. 2. nat. hiſt. c.* 85. *& ſeq.*

Non deſunt tamen hic dubitandi cauſæ, & primum hic nobis objici poteſt regula generalis ex *l.* 1. *ff. de cond. ſin. cauſ. l. ſi & me.* 32. *ff. de reb. cred. l. nam hoc.* 14. *ff. de cond. indeb. l. id quod noſtrum ff. de reg. jur.* nempe rem meam, quæ ad te pervenerit ſine facto meo, ſine cauſa, reddi mihi oportere. Reſpondeo, nec ſine facto meo, hic rem ad alium perveniſſe, quia ædificavi in alieno; nec ſine culpa, quia aut temere id feci, ſi non bona fide poſſedi, aut negligenter, ſi poſſeſſionem tradidi aut amiſi; nec ſine cauſa apud alium eſſe; quia quod beneficio rei ſuæ, & jure acceſſionis cuique acquiritur, id juſta ex cauſa quæſitum cenſetur. *l. in rem.* 23. §. 3. *&* 4. *ff. de rei vind. l.* 7. §. *voluntas.* 8 *& ſeqq. ff. de acq. rer. dom.* Denique poteſt bon. fid. poſſeſſor fructus perceptos ante litem conteſtatam & adhuc extantes compenſare cum expenſis *l ſumptus.* 48. *ff. de rei vind.*

Secundo obſtare videtur *l.* 5. *C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei poſſeſſori datur impenſarum ſaltem neceſſariarum repetitio. Reſpondeo, ex eo, quod dicitur impenſarum eſſe repetitio, non continuo ſequitur eo nomine etiam actionem eſſe: ſufficit enim eſſe repetitionem ſuo modo, videlicet per exceptionem & retentionem. Quippe petere & repetere etiam is dicitur, qui utitur exceptione. *l.* 1. *ff. de except. l. amplius.* 15. *ff. rat. rem hab.* neque aliter in *d. l.* 5. *C. de rei vind.* hoc verbum accipi poteſt: quoniam ibi agitur de ædificatore conſtituto in poſſeſſione.

Tertio putat D. Cujacius *lib.* 10. *obſ* 4. poſſe non poſſidentem, ſaltem eum, qui per errorem non deductis ſumptibus rem reſtituit, poſſeſſionem repetere condictione incerti; atque ita adhuc contra agentem oppoſita doli exceptione ſumptus ſervare, *argum. l. ſi uxor filio.* 19. §. 1. *ff. de donat. int. vir. & uxor. l. qui exceptio.* 40. §. 1. *de condictione indebiti. l. heres.* 21. *ff ad ſenat. Trebell.* Hoc commentus eſt vir doctiſſimus, cum non videret, ut ingenue fatetur, qua ratione ſumptus in prædium alienum à poſſeſſore facti jure actionis repeti poſſint, & tamen putaret remedio aliquo etiam in hoc caſu eſſe conſulendum. Ego vero contra ingenue quoque profiteor, me non poſſe videre, quid loci iſti pro hac Cujacii ſententia faciant. Nam in *d. l. ſi uxor filio.* ne γρῦ quidem de impenſis in rem alienam factis. & *d. l. heres*, tantum abeſt, ut Cujacii ſententiam juvet, ut etiam ei adverſetur, ſicut ſupra oſtenſum eſt, *add. Ant. Fabrum decad.* 26. *err.* 10. Denique aliena plane eſt ab hac diſputatione *d. l. qui exceptionem.* §. 1. & ſi quæ forte ſimiles. Multum enim intereſt, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam ſcit ſe reſtituere debere, ac proinde animo alium ſibi obligandi, impenſas faciat, de quo loquitur *d. l. exceptionem.* §. 1. (loquitur enim de herede fiduciario, qui domum, quam ex fideicommiſſo debebat reſtituere, ſua impenſa refecit,) an ſuo nomine tanquam in rem propriam, qui caſus hic à nobis propoſitus eſt, per textus in *l.* 14. §. 1. *ff. comm. divid. l.* 5. *C. de rei vind. l.* 4. *C. de negot. geſt.*

Poſtremo Martinus Gloſſator, eumque ſecutus Johannes Goddeus in *l. impenſæ.* 79. *ff. de verb. ſign.* objiciunt veriſſimæ huic ſententiæ *l.* 6. §. 3. *ff. de neg. geſt. l.* 8. *ff. de pign. act. l.* 7. §. [illegible] *ff. ſol. matrim.* ex quibus locis evinci putant, utilem utique negotiorum actionem in propoſito non poſſidenti dandam: ſed fruſtra. Nam in *d. l.* 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas, tanquam alienas gerendas aliumque ſibi obligandi animo acceſſit, licet eo propoſito, ut lucrum inde faceret, & res quaſdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui ſumptus fecerunt in rem, quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum eſt vel actione contraria vel negotiorum geſtorum impenſas in eam factas conſequi poſſe. Ita poſt *Cyn. Salic. Caſtrenſem in d. l.* 5. *C. de rei vind. Don.* 20. *comm.* 7. *Ant. Fab. dec.* 26. *err.* 9. *& ſeq.* Cæterum Martini ſententiam æquitatis commendatione nunc in foro prævalere teſtantur Molinæus *ad conſuet. Pariſienſ. tit.* 1. §. 1. *gloſſ.* 5. *num.* 104. *Zypæ. notit. jur. Belg. de rei vind. Groenevv. de leg. abrog. ad* §. 30. *Inſtit. de rer. div.* & plures eodem loco allegati.

CAP.

CAP. XXV.

An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes tam naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos faciat?

Etiam tritas & vulgares quæſtiones incudi reddere prohibitum non eſt: & aliquando expedit, propter inventa temporis & uſus. Cujuſmodi quæſtiones duas in præſentia tractare viſum eſt; unam hoc capite, an bonæ fidei poſſeſſor indiſtincte fructus omnes, quos percepit, ſuos faciat? alteram capite proximo ſequenti, an perceptos omnes & adhuc extantes domino rem ſuam vindicanti reſtituere debeat?

Si quis à non domino, quem dominum eſſe credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet juſta cauſa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura. Ita Juſtinianus in §. 35. *Inſt. de rer. diviſ.* convenienter ſententiæ veterum, *l. qui ſcit.* 25. §. 1. *l. in pecudum.* 28. *ff. de uſur. l. bonæ fidei* 48. *ff. de acq. rer. dom. cum ſimil.* Quod de fundo ait, idem eſt & in re quavis alia fructum producente. Res igitur, quæ hic perceptione acquiritur, ſunt fructus, id eſt, id omne, quod ex re naſcitur, ſive quod res fert. Perſona acquirentis eſt bonæ fidei poſſeſſor, id eſt, qui rem animo dominantis tenet, & juſtam cauſam habet, ob quam exiſtimet rem ad ſe pertinere, puta eum, à quo eam juſto titulo accepit, dominum fuiſſe, aut jus habuiſſe alienandi *l. bonæ fidei.* 109. *ff. de verb. ſign.* Malæ igitur fidei poſſeſſores huc non pertinent. *d.* §. 35. *l.* 22. *C. de rei vind. l.* 3. *C. de cond. ex leg.* Modus acquirendi eſt perceptio. Perceptioni enim hæc acquiſitio tribuitur, idque naturali ratione propter culturam & curam, ut ait Juſtinianus *d. loc.* Percepti fructus dicuntur, ſimul atque à re, qua tenebantur, ſeparati ſunt: in fundo, cum ſe terra continere deſierunt, veluti ſpica aut fœno cæſo, uva adempta, excuſſa olea, nucibus aut pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti ſint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum. *l. ſi fructuarius.* 13. *ff. quib. mod. uſusf. am. l. qui ſcit.* 25. §. 1. *ff. de uſur. l. ſi ejus fundi.* 78. *ff. de rei vind.* in animalibus cum fœtus editus, lac expreſſum, lana detonſa eſt. *l in pecudum* 28. *ff. de uſur. l. bonæ fidei.* 48. §. 2. *ff. de acq. rer. dom.* quanquam interdum verbo percipiendi aliquid amplius deſignatur quam ſimplex illa, quam dixi, fructuum à re ſeparatio. *d. l.* 48. *pr. verſ. denique. d. l.* 78. *ff. de rei vind.* At enim perceptio non eſt ſola nec præcipua hujus acquiſitionis cauſa, neque ſola culturæ aut curæ hic ratio habetur: alioqui idem etiam probandum eſſet in malæ fidei poſſeſſore: ſed principalis cauſa eſt in perſona poſſeſſoris, nimirum bona fides, quæ facit, ut poſſeſſor pene pro domino haberi debeat. *d. l.* 25. §. 1. *ff. de uſur. d. l.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* & tantum præſtat poſſidenti, quantum rei veritas, ubi lex impedimento non eſt. *l. bona fides.* 136. *de reg. jur.* Perceptio verò magis eſt cauſa ſine qua non.

Quæſitum autem eſt, an non fructuum conditio & qualitas aliquid de hac acquiſitione mutet, an vero omnes indiſtincte ad eam pertineant. Fructum à ferendo dictum eſſe ſcribit Varro. *lib.* 4 *de ling. lat.* ut ſit id omne, quod res fert. Noſtri autem cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re naſcitur, vel per cauſam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum diviſio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei naſcuntur, ſed extrinſecus per occaſionem rei percipiuntur, cujus generis ſunt uſuræ, mercedes, penſiones, reditus annui, vecturæ. Quamvis enim hæc propriè fructus non ſunt *l. ſi navis.* 62. *ff. de rei vind. l. uſura.* 121. *ff. de verb. ſign.* in fructu tamen numerantur, quia vicem fructuum obtinent. *l. uſura.* 34. *l. prædiorum* 36. *ff. de uſur. l. mercedes.* 29. *ff. de hered. petit.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis. *d. l.* 62. *de rei vind. l. ancillarum.* 27. §. 1. & 3. *ll. ſeqq. ff. de hered. pet.* Cæterum de iſto genere hic non quæritur. Fructus naturales ſunt, quos natura ex re ipſa producit. Et horum quidam fere ſolo naturæ beneficio & αὐτομάτως, ſponte magis, quam facto & labore hominum proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, &c. aut natura quidem adjutrice; cæterum opera magis & diligentia, ac cultura hominum, cujuſmodi ſunt ſegetes, legumina, aliaque in agris ſata, item fructus pecudum: quippe quæ ſine cura & cultu hominum

ſalvæ eſſe non poſſunt. Illos naturales in ſpecie, hos induſtriales, interpretes appellaverunt, propterea quod niſi continua quædam atque in orbem rediens cultura, cura, atque induſtria hominis interveniat, ſola natura hos non producit. Et huc pertinet illud Senecæ 2. *de benefic.* 11. *Nihil in fructum pervenit, quod non à primo uſque ad extremum æqualis cura proſequitur.* Petita autem eſt hæc diſtinctio ex *l. fructus.* 45. *ff. de uſur* atque evidenti ratione nixa eſt. Hoc igitur hic quæritur, an fructus tam naturales, ſic in ſpecie dicti, ad hanc acquiſitionem pertineant, & percepti bonæ fidei poſſeſſoris fiant, quam induſtriales, de quibus nulla hic controverſia? Ego in ea ſententia ſemper fui, ut exiſtimaverim qualitatem fructuum nihil de hac acquiſitione mutare, bonæque fidei poſſeſſorem non minus fructus naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos facere. Rationes hæ ſunt. 1. Quia generaliter & ſine ulla fructuum diſtinctione loquitur Imperator *d §. ſi quis à non domino.* 35. item juriſconſulti in *d. l. bonæ fidei.* 84. *ff. de acq. rer. dom. l.* 13. *ff. quib. mod. uſusf. am. l. ſi ejus.* 78. *ff. de rei vind.* 2. Quia ratio Gaii in *l. in pecudum.* 28. *ff. de uſur.* dicentis ideo fœtum pecudum, lac, pilum, lanam fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia in fructu ſunt, & ipſa fructus omnes complectitur. 3. Faciunt huc textus in *l.* 13. *ff. quib. mod uſusf. am l. ſi ejus.* 78. *ff. de rei vind.* ubi & olea mox cum percepta ſive excuſſa eſt, & fœnum, ſimul atque cæſum & à ſolo ſeparatum eſt, bonæ fidei poſſeſſoris fieri expreſſe traditum eſt. At olea vel maxime fructus naturalis eſt; quippe quam nec raſtros deſiderare, aut falcem ullamve curam teſtantur Virgilius *lib.* 2. *Georg.* Plinius *lib.* 15. *nat. hiſt. cap.* 1. Fœnum autem quin fructus quoque naturalis ſit, & ſpontaneus, nemo, opinor, negabit. 4. Evincitur hoc idem ex eo, quod de fructibus conſumptis traditur, dominum de his agere non poſſe, ſed poſſeſſorem bonæ fidei eos lucrari, videlicet eos ipſos, quos percipiendo interim ſuos fecerat. *d. §.* 35. *Inſtit. de rer. div. §.* 2. *Inſtit. de offic. jud. l.* 4. *§.* 2. *ff. fin. reg. l. certum.* 22. *C. de rei vind.* Et igitur cum omnes lucretur conſumptos omnes quoque perceptos ſuos interim facit. 5. Omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* ubi ſic ſcribit: *Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex re aliena ſuos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, ſed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt.* Gloſſa quidem & DD. communiter hæc verba Pauli, *ſed omnes,* reſtringunt ad fructus induſtriales, qui alterius, quam bonæ fidei poſſeſſoris opera provenerunt. Sed hoc oppido quam inconcinnum & violentum eſt. Quis enim non videt, verbum *omnes* à juriſconſulto non ad operantes, ſed ad fructus ipſos referri, eoque deſignari fructus diverſi generis & qualitatis ab iis, quos dixerat opera poſſeſſoris provenire? Quod ipſum evincit & ratio, quam mox ſubjungit, *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene ſit,* quam eandem rationem & Julianus affert, *l. qui ſcit.* 25. *§.* 1. *ff. de uſur.* cui & illud ſimile, quod idem Julianus ibidem ſcribit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus jure ſoli percipere, atque in fructibus percipiendis magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam ſeminis, ex quo oriuntur, ſpectari: unde apparet, induſtriam aut operam non eſſe τὸ οὗ ἕνεκα, cauſam hujus acquiſitionis principalem: nam ſi jure ſoli fructus à bonæ fidei poſſeſſore percipiuntur, utique omnes qui in ſolo naſcuntur, etiam οἱ ἄσπαρτοι καὶ ἀνήροτοι ad hanc perceptionem & acquiſitionem pertinent, ejuſdemque omnes in hac cauſa conditionis ſunt. Poſtremo ſi bonæ fidei poſſeſſor ſibi acquirit fructus etiam ab alio ſatos, in quos ipſe neque operam neque curam ullam impendit, quanto magis ſuos faciet naturales, qui cura illius, ſi non naſcuntur, ſaltem conſervantur.

Objicitur huic ſententiæ *d. §. ſi quis à non domino.* 35. *Inſt. de rer. diviſ.* ubi Juſtinianus ait, placuiſſe fructus perceptos fieri bonæ fidei poſſeſſoris pro cultura & cura. Reſpondeo, vix ulla res eſt, quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur agri, curantur pecora, plantæ; putantur arbores, vites, ut omnibus notum eſt. Oleæ quoque attonderi & intertadi gaudent teſte Plinio *lib.* 15. *c.* 1. Sed & ſi qui fructus ſine cultu aut procuratione humana proveniant, ut ſylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus ſylveſtres, nihilo tamen minus ad hanc acquiſitionem pertinent. Nam, ut ſupra diximus, præcipua & adæquata hujus acquiſitionis cauſa eſt bona fides poſſeſſoris, quæ efficit, ut tanquam alter quidam dominus jure ſoli fructus percipiat, cui conſequens eſt, ut percipiendo etiam ſuos faciat eos, in quos neque culturam neque curam impendit, τοὺς αὐτομάτους, ſive ſpontaneos, qui in ſpecie naturales ab interpretibus vocantur.

Tantum

Tantum quia ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidit, ut fructus ſine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc à Juſtiniano expreſſa eſt.

Maxime autem huic ſententiæ obſtare putatur locus Pomponii in *l. fructus* 45. *ff. de uſur.* Verba Pomponii hæc ſunt; *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata ſuos facit: illos tamen, quos ſuis operis acquiſierit, veluti ſerendo: nam ſi pomum decerpſerit, vel ex ſylva ceciderit, non fit ejus; ſicuti nec cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris: quia non ex facto ejus is fructus naſcitur.* Ex hoc loco ſatis perſpicue probari credunt plerique interpretes, fructus naturales, id eſt, ſpontaneos & qui ex facto & operis bonæ fidei poſſeſſoris non naſcuntur, ad bonæ fidei poſſeſſorem non pertinere. Expendamus verba. Quid igitur ait Juriſconſultus? Non cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris fieri fructus, qui ex facto ejus non naſcuntur. Ne hoc quidem nos negamus, ſed hoc dicimus, eum poſſeſſorem bonæ fidei, qui ex juſta cauſa & titulo legibus non improbato rem ab eo, quem dominum eſſe putabat, accepit, fructus omnes ex ea re perceptos ſuos facere. Hoc autem non negat Pomponius: quippe qui non dicit nullius bonæ fidei poſſeſſoris tales fructus fieri, ſed non cujuslibet: quam enuntiationem non eſſe generalem, ſed particularem oſtendit nota particularis attributionis, quæ hic eſt negatio univerſalis. Qui dicit, Non cuivis homini contingit adire Corinthum, is tacite fatetur alicui hoc contingere. & cum idem Pomponius *l. 6. pr. ff. de contr. empt.* ait non cujuſcunque rei venditionem aut alienationem eſſe, id non hanc habet ſententiam, nullius rei eſſe venditionem, quod falſum eſſe vel pueri ſciunt, ſed quarundam duntaxat rerum non eſſe, nempe earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; cæterarum autem rerum eſſe. *d. l. 6. pr. l. ſi in emptione* 34. §. 1. *ff. eod.* Igitur in hac enunciatione, *Non omnis aut non quilibet bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales ſuos facit*, cum conſequens non omni antecedenti attribuatur, ſed ſolummodo ejus parti alicui, ſatis apparet, Pomponium non eodem jure omnes bonæ fidei poſſeſſores cenſere: & tacite duo genera ejuſmodi poſſeſſorum facere, unum eorum, qui fructus naturales ſuos non faciunt, alterum, qui hos etiam ſuos faciunt. Atque ita eſt, non omnis bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes percipiendo ſuos facit, ſed is ſolum, qui juſto titulo poſſidet, cauſamque juſtam habet, cur exiſtimet rem ad ſe pertinere. Qui autem juſto titulo deſtituitur, quamvis in jure errans ſe dominum factum putet, naturales fructus ſuos non facit, ne cui ignorantia juris in compendiis proſit, contra *l. 4. l. 7. l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* & interdum nullos *l. 13. pr. de cond. indeb.* licet alioqui non malæ, ſed bonæ fidei poſſeſſor exiſtimari debeat, quicunque dolo caret, etſi in jure errat. *l. ſed & ſi* 25. §. *ſcire* 6. *ff. de her. pet. l. ubi lex* 24. *l. ſi fur.* 32. §. 1. *ff. de uſuc.* nec ſequitur, injuſte poſſidet, ſed titulo inutili atque invalido, ergo mala fide. Poſſeſſor prædii minoris ſine decreto alienati poſſidet injuſte, bona tamen fide poſſidet, ſi ignorans rem eſſe minoris, aut in jure errans rem emit, & fructus induſtriales propter bonam fidem ſuos facit. *l. 2. C. ſi quis ign. rem min.* Talis enim eſt poſſeſſor fundi dotalis à marito alienati, item rei litigioſæ, & qui à falſo tutore emit. *l. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento eſt, bona fides in compendiis poſſeſſori non prodeſt. *l. ubi lex* 24. *ff. de uſuc. l. bona fides* 136. *ff. de reg. jur.* Toties autem impedimento eſt, quoties poſſeſſorem vult teneri in quantum locupletior factus eſt, ut poſſeſſorem hereditatis; *d. l. 25. §. conſuluit.* 11. *ff. de her. pet.* item in caſu *l. ſi fructus.* 8. *C. de donat. int. vir. & uxor.* & denique, qui ex ea cauſa poſſidet, quæ poſtea ad non cauſam redacta eſt. *l. 3. ff. de cond. indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei poſſeſſorum verba Pomponii, *ſicuti nec cujuslibet, &c.* accipienda ſunt; quippe qui & ſoli ſimiles ſunt conjugi rem à conjuge donatam poſſidenti, & in lucris cæterorum bonæ fidei poſſeſſorum jure non cenſentur. In eo autem diſſimilitudo eſt, quod conjux fructus induſtriales, quos percepit, reſtituere non teneatur, quoniam eos non tantum jure permittente, *l. de fructibus.* 17. *ff. de don. int. vir.* ſed etiam volente conjuge percepit: cæteri, niſi fructus conſumpti ſint, teneantur, de quo uberius *quæſt. ſeq vid. Ant. Fab.* 4. *conject.* 17. *Pinell in l. 2. C. de reſc. vend. p. 2. c.* 4. *n.* 60. *Fachin.* 1. *contr.* 57. *Tima. Fab. diſp. ann.* 14. *theſ.* 5. *Bronch. cent.* 3 *aſſert.* 78. *Vult. diſc ſchol. c. ult Paul. Buſ. ad d. l.* 45. *Thulden. ad d. §.* 35. *Inſt de rer. div. c.* 50, & quod ad praxin attinet, *Groenevv. in ll. abrog. ad l. certum* 21. *C. de rei vind. Pinell. d. loc. Cyprian. Regn. ad d. §.* 35.

CAP. XXVI.

An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes, quos percepit, Domino rem ſuam vindicanti reſtituere teneatur?

SUperiore capite ſatis abundeque probavimus, bonæ fidei poſſeſſorem juſto titulo ſubnixum fructus omnes, quos percepit, tam naturales & ſpontaneos, quam induſtriales ſuos facere. Videndum porro, an quos ita percipiendo ſuos fecit, & ſemel ſibi acquiſivit, domino ſuperveniente & rem ſuam vindicante, retinere poſſit, an verò omnes aut quoſdam reſtituere teneatur? In hac quoque quæſtione concedo in ſententiam τῶν νεωτεϱικῶν, diſtinguentium inter fructus adhuc extantes & conſumptos, ut illos quidem omnes domino rem ſuam vindicanti reſtituere bonæ fidei poſſeſſor teneatur, hos autem omnes lucretur ſine ullo metu reſtitutionis. De fructibus pendentibus, id eſt, qui nondum à ſolo ſeparati ſunt, nulla eſt controverſia: nam cum hi fructus pars eſſe fundi intelligantur, utique cum ipſo fundo & ipſi vindicantur & reſtituendi ſunt *l. fructus* 44. *ff. de rei vind.* Sed quæritur de extantibus, id eſt, ſeparatis quidem à re, qua tenebantur, ſed nondum conſumptis, an illi omnes domino reſtituendi, an vero naturales duntaxat? Et omnes ſine diſtinctione reſtituendos eſſe multa evidenter arguunt,

Primum illud, quod Juſtinianus ſcribit, de conſumptis fructibus dominum agere non poſſe. *§. ſi quis* 35. *Inſt. de rer. diviſ. §.* 2. *Inſt. de offic. jud.* & Paulus *l.* 4. *§.* 2. *ff. fin. reg.* bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari. Unde ex contrario recte colligitur, de non conſumptis ſeu extantibus adhuc, licet à ſolo ſeparatis, dominum agere poſſe, eoſque bonæ fidei poſſeſſorem non lucrari.

Deinde ſi bonæ fidei poſſeſſor eoſdem fructus, quos percepit & percipiendo ſuos interim fecit, ante conſumptionem eorum domino vindicanti reſtituere debet, utique omnes debet reſtituere, & tam induſtriales, quam naturales; quoniam vel maxime & citra controverſiam induſtriales ad acquiſitionem, quæ perceptione fit, pertinent.

Sed quid opus eſt multa ad confirmationem hujus ſententiæ argumenta congerere, cum habeamus expreſſam auctoritatem in *l. certum* 22. *C. de rei vind.* ubi ſic reſcribunt Imperatores; *Certum eſt malæ fidei poſſeſſores omnes fructus ſolere cum ipſa re præſtare, bonæ fidei verò extantes; poſt autem litis conteſtationem univerſos.* Neque poſſis cum Donello extantes hic accipere pro pendentibus: nam præterquam quod hoc non admittit hujus verbi uſus, utique vel ipſo Donellò fatente, naturales, licet à ſolò ſint ſeparati, reſtituendi ſunt. Atque hæc cauſa eſt, cur Africanus in *l. quæſitum* 40. *ff. de acq. rer dom.* ſcribat, bonæ fidei poſſeſſorem conſumptos demum ſuos facere, & Paulus *l.* 4. *§. lana ovium* 19. *ff. de uſucap.* conſumptos vel uſucaptos. nimirum quia hi ſoli re evicta non reſtituuntur. Sic ergo concludimus bonæ fidei poſſeſſorem fructus omnes, quos percepit tam induſtriales quam naturales non conſumptos debere reſtituere, quemadmodum è converſo omnes conſumptos tam naturales, quam induſtriales lucratur. Non obſtat, quod conjux non reſtituit fructus induſtriales rei à conjuge ſibi donatæ, quamvis adhuc extent: nam ut præcedenti capite dictum eſt, id hanc rationem habet, quod conjux ex voluntate domini, id eſt, conjugis donatoris, idque jure publico permittente hoſce fructus ſibi acquirat.

Illud autem non parum nobis obſtare videtur, quod ſola perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei poſſeſſoris: nam ſi hoc verum eſt, falſum eſt eos demum bonæ fidei poſſeſſoris fieri conſumptione. Reſpondeo falſum eſſet, ſi hæc eidem rei attribuerentur eadem ratione. Sed ſciendum eſt, geminam eſſe dominii acquiſitionem, unam perpetuam, & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem, ex cauſa ſuperveniente, quæ dominii cauſam tollat: quale eſt jus mariti in re dotali, quod ſoluto matrimonio ab eo recedit; & heredis fiduciarii, quod cedente die fideicommiſſi in fideicommiſſarium tranſit; item heredis in re ſub conditione legata. *l. non ideo* 66 *ff. de rei vind. l. generaliter.* 29. *§.* 1. *ff. qui & à quib. man.* Et tale quoque in propoſito eſt jus bonæ fidei poſſeſſoris in perceptis needum conſumptis fructibus uſque ad evictionem.

Nimi-

Nimirum cauſa hujus acquiſitionis præcipua eſt bona fides; quippe quæ efficit, ut poſſeſſor perinde quaſi dominus jure ſoli fructus ſuos faciat, quamdiu de vero domino non conſtat: at eo ſuperveniente & rem ſuam vindicante, jam cauſa illa & ſimul jus, quod dixi, ceſſare incipit, cogiturque poſſeſſor fructus omnes, qui modo tempore evictionis ſeu litis conteſtatæ extant, officio judicis reſtituere. Neque enim ſublato jure, quod in ſolo habebat, ſola ratio culturæ & curæ eum defendere poteſt, ut fructus retineat: ſed ad hoc ſolum prodeſſe, ut oppoſita doli mali exceptione ſumptus ſervet & conſequatur, ut dominus ad pretium ejus, quod impenſum eſt, ſolvat; ſin minus, patiatur ſumptus cum fructibus pro rata penſari, & pro illis partem fructuum poſſeſſorem retinere. *arg. l. ſi à domino* 36. *§. ult. de her. pet.*

Innuit hoc ipſum non obſcurè Paulus Juriſconſultus in *l. bonæ fidei* 48. *de acq. rer. dom.* cum ait, bonæ fidei poſſeſſorem fructus ex re aliena percipiendo ſuos interim facere. Quare enim ait *interim*? Non aliam proculdubio ob cauſam, quam ut ne quis credat ſola perceptione ſic fieri fructus bonæ fidei poſſeſſoris, ut nunquam poſtea ſint reſtituendi rei domino. Quod ſi quis putet fruſtra id conſtitutum eſſe, quaſi illa perceptio & fructuum interim acquiſitio nihil commodi afferat poſſeſſori, eo quod utique ſi adhuc extent, domino rem ſuam petenti reſtituendi ſunt; is ſciat & bonæ fidei rationem hoc exigere. *l. qui ſcit.* 25. §. 1. *ff. de uſur. l. bona fides* 136. *ff. de reg. jur.* nec ſine effectu eſſe. Prodeſt enim bonæ fidei poſſeſſori ad hoc, ut ſi fructus ab alio percepti ſint aut ab alio poſſideantur, eos tanquam ſuos vindicare poſſit, tribuitque ei jus fructibus pro arbitrio ſuo utendi, eoſque pro neceſſitate aut utilitate ſua aut familiæ ſuæ diſtrahendi aut conſumendi, cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem ſuam evincenti conſumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æſtimationem præſtare deberet.

Plus negotii facit reſponſum Gaii in *l. in pecudum.* 28. *pr. ff. de uſur.* ubi Juriſconſultus ait, ea, quæ in fructu ſunt, ſtatim pleno jure fieri bonæ fidei poſſeſſoris & fructuarii. Quod autem ſtatim pleno jure acquiritur, id non poteſt dici conſumptione demum irrevocabiliter acquiri. Quid ergo reſpondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit bonæ fidei poſſeſſorem fructuum ſimul ut percepti ſunt, ſtatim dominum fieri pleno jure aut in ſolidum, non continuo negare jus illud ex cauſa eſſe revocabile: neque de eo laborare debuit Gajus in *d. l. in pecudum.* in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non eſt, & ideo uſucapione demum acquiritur. *d. l. in pecudum.* §. 1. Sic idem Juriſconſultus in *l. generaliter* 29 § 1. *ff. qui & à quib. man.* ait, ſervum ſub conditione legatum, pendente conditione pleno jure heredis eſſe, quem tamen conſtat exiſtente conditione ab eo abiturum, & demum ejus fieri irrevocabiliter conditione deficiente. Sic denique emptio facta lege commiſſoria perfecta & plena eſt, licet conditione deficiente reſolvatur. *l.* 1. *ff. de leg. commiſſ.* Illud non magni ponderis eſt, quod dicitur, bonæ fidei poſſeſſorem idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum eſt, & plus etiam juris, quam habet fructuarius. *d. l. qui ſcit.* 25. §. 1. *ff. de uſur.* Nam ſi hoc ſimpliciter verum eſſet, ne naturales quidem fructus extantes reſtitueret, quos tamen eſſe reſtituendos inter omnes convenit. Et loquitur expreſſe juriſconſultus de jure fructus ab initio acquirendi. Paulus in *l. bonæ fidei.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* de bonæ fidei poſſeſſore loquens caute addidit particulam *penè*: quia, inquit, quod ad fructus attinet, loco domini penè eſt.

Porro quemadmodum bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes extantes reſtituere debet, ut dictum & plene probatum eſt: ita ex contrario eorum nomine quos conſumpſit, cujuſcunque ſint generis, non tenetur, nec ullos reſtituit, quod & ipſum abunde probatum putamus. Cæterum alia hic exoritur dubitatio, & quæritur, etiam ab iis, qui hactenus idem vobiſcum ſentiunt, an non ſaltem bonæ fidei poſſeſſor ad reſtitutionem fructuum conſumptorum teneatur, quatenus ex iis factus eſt locupletior; Et verius eſt eum non teneri. Ratio eſt, quia non alienos, ſed ſuos conſumpſit: & cum nunquam domini fundi fuerint, non poteſt dici rem domini ad eum perveniſſe, eumve ex re aliena locupletatum. *l.* 1. §. 2. *ff. de pignor.* Quod ſi legum quæritur auctoritas, textus omnes, qui de conſumptis fructibus loquuntur, generaliter & ſine ulla reſtrictione negant horum nomine bonæ fidei poſſeſſorem teneri Imperatores in *l. certum* 22. *C. de rei vind.* ajunt bonæ fidei poſſeſſorem extantes duntaxat præſtare ſolere, quaſi de conſumptis inquirendum non ſit. Paulus *l.* 4. §. 2. *ff. fin reg.* ait poſſeſſorem fructus, quos bona fide percepit & conſumpſit, lucrari oportere: quod utique falſum eſſet, ſi eos quatenus locupletior fa-

ctus ſit, teneretur reſtituere, nemo enim ſine lucro locupletari poteſt. Adhæc, quod bene notandum eſt, tantum tribuit bonæ fidei poſſeſſori conſumptio, quantum uſucapio, auctore eodem Paulo in *l.* 4. *§. lana* 19. *ff. de uſuc.* at uſucaptorum nihil redditur.

Injicitur tamen hic nobis ſcrupulus aliquis ex *l. ſed & 25. §. conſuluit.* 11. *l. illud quoque* 40. *§.* 1. *ff. de her. pet.* qui ſcrupulus prius quam hinc diſcedimus, evellendus eſt. Quid igitur locis iſtis reperitur, quod nobis incommodet? nempe in judicio petitionis hereditatis bonæ fidei poſſeſſorem teneri, in quo factus eſt locupletior. item in reſtitutione hereditatis venire fructus tanquam hereditatis augmenta, per quos poſſeſſor locupletior factus eſt. Reſpondemus, non eadem eſt in quæſtione propoſita judicii univerſalis, quod & perſonales præſtationes habet, & ſingularum rerum petitionis ratio. Poſſeſſor hereditatis nec ab initio fructus percipiendo ſuos facit, nec poſtea conſumendo lucratur: ſed ſtatim ubi ab eo percepti ſunt, in numerum rerum hereditarium recipiuntur, ipſamque augent hereditatem: unde fit, ut eodem jure, quo ipſa corpora hereditaria, & fructus petantur, atque in reſtitutionem hereditatis veniant. *l. item veniunt.* 20. *§.* 3. *ff. de her. petit.* quæ omnia ſecus ſe habere conſtat in vindicatione rerum ſingularum. Nimirum cum is, qui pro herede poſſidet, ex falſa cauſa poſſideat, viſum eſt ſenatui, non ultra poſſeſſori hereditatis conſulere, quam ut ne damno afficiatur, quomodo ei conſulitur, qui tenetur condictione indebiti *l. indebiti* 15. *ff de cond. indeb.* unde ex contrario etiam mitius quo caſu eum tractari voluit, ſcilicet ut ſi quid dilapidaverit, aut perdiderit, dum ſua re abuti putat, non teneatur. *d. l. ſed & ſi §. conſuluit. ff. de her. petit.* vide præter allegatos *c. prac. Joan. à Sande lib.* 3. *rer. jud. c.* 15. *defin.* 1. *ubi in Friſia ſic judicatum refert. Nicol. Thulden. in annot. ad praxin. civ. Damhoud. c.* 104. *nu.* 13. *Pinell. ubi ſup. c. prac.* ubi ait, nunc ubique fere tantum ſervari formam. *l.* 22. *C. de rei vind.* in fructibus à bonæ fidei poſſeſſore perceptis poſt litis conteſtationem: eorum qui ante percepti ſunt, ſive conſumpti ſint, ſive adhuc extent, ſive ex iis locupletior poſſeſſor factus ſive non, rationem non haberi, inſuper quoque habita fructuum qualitate, ut litium ambages vitentur.

CAP. XXVII.

An ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?

HÆc quæſtio minus trita & vulgaris, quam duæ ſuperiores: ad cujus deciſionem antequam perveniamus, more noſtro præcurſionem quandam adhibebimus. Actio Publiciana eſt actio in rem prætoria, quæ competit de re, quam quis ex juſta cauſa ſibi traditam à non domino bona fide accepit, ſi ejus nondum dominus effectus poſſeſſionem caſu amiſit. *§.* 4. *Inſt. de action.* Eſt actio in rem prætoria: nam Jure civili nulla niſi rei ſuæ vindicatio. *d. §.* 4. Juſta cauſa eſt, ex qua re à vero domino tradita, dominium in accipientem tranſiret, quod intellectum eſt ex verbis edicti, *& nondum uſucaptum petet. l.* 1. *ff. de Publ. in rem act.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea cauſa ſit, ut uſucapi poſſit, non poteſt autem res uſucapi, niſi tradita ſit ex iis cauſis, ex quibus dominium transferretur, ſi dominus eſſet, qui tradit. *Inſt. de uſuc. in pr.* cujuſmodi cauſæ ſunt emptio, donatio, legatum, dos, &c. *d. l.* 1. *§. ult. & ll. ſeqq.* Bona fide accepiſſe intelligitur, qui eum, à quo rem accepit, aut dominum eſſe putavit, aut jus transferendi habere, puta procuratorem aut tutorem eſſe. *l. bona fides* 109. *ff. de verb. ſign.* Traditionem latius hic accipimus, ut etiam rerum incorporalium quaſi traditio contineatur, uſus nimirum accipientis & patientia conſtituentis: nam & uſusfructus & ſervitutum conſtitutarum nomine Publiciana competit. *l. ſi ego* 11. *§.* 1. *ff. de Publ. in rem. act.* Nec dubitandum quin in rebus corporalibus ad fundandam Publicianam ſufficiat etiam ficta traditio: cujus multæ ſunt ſpecies & modi, veluti per fictionem brevis manus, traditionem clavium, appoſitionem cuſtodis, &c. Nec dum dominus effectus dicitur, qui rem à non domino acceptam nondum uſu cepit. *d. l.* 1. *§.* 1. *eod.* ubi Ulpianus ait, ſi res uſucapta ſit, actorem habere actionem civilem, nec deſiderare honorarium, quanquam nec ipſi domino Publiciana deneganda, ſi forte cum difficilis eſſet, ut fere ſolet, dominii probatio, hac actione, tanquam remedio expeditiore, ſub qualitate bonæ fidei poſſeſſoris, omiſſa quæſtione dominii, uti malit, quam civili in rem actione experiri. Introducendæ enim hujus actionis cauſa fuit difficultas probandi dominii.

Quin

Quin & uſu forenſi receptum eſt, ut eodem libello Publiciana cum rei vindicatione cumulari atque alternatim proponi poſſit, id eſt, res peti jure dominii vel quaſi dominii. *Oldendorp. claſſ. 3. act. 3. Mynſing. ad* §. 4. *Inſt. de act. n. 61. Gail.* 1. *obſ.* 61. *n.* 5. Atque hæc quidem ὡς ἐν παρόδῳ. Tranſgrediamur nunc ad quæſtionem propoſitam.

Igitur, ſicut jam intelleximus, ut actioni Publicianæ locus ſit, rem vel vere vel ficte traditam eſſe oportet: nam cum nec ſine traditione poſſeſſio transferri, nec ſine poſſeſſione uſucapio procedere poſſit. *l.* 25. *ff. de uſucap* conſequens eſt nec poſſe colorem quæſiti per uſucapionem dominii prætexi, ubi res tradita non eſt. Quid ergo, an non licebit ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri? Nimirum etſi regulariter & jure gentium dominia rerum ſine traditione non transferuntur. *l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* §. *per traditionem.* 40. *Inſt. de rer. div.* jure tamen civili quibuſdam ex cauſis etiam ſine traditione, veluti aditione hereditatis, reſtitutione fideicommiſſi univerſalis, agnitione bonorum poſſeſſionis, legati, fideicommiſſi ſpecialis, donatione mortis cauſa, venditione aut donatione facta civitati, eccleſiæ, locis ad curam & alimoniam egenorum publicè comparatis. *l.* 23. §. 1. *C. de SS. Eccl.* Finge igitur v. c. rem alicui legatam eſſe ab eo, qui dominus putabatur, aut ex SC. Trebelliano alicui reſtitutam hereditatem, quæritur an is Publiciana experiri poſſit etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem? Negat D. Bachovius *diſput.* 3. *de act. Theſ.* 18. Utitur Bachovius hoc argumento, cui putat nihil eſſe, quod reponi queat, nempe quod Publiciana non datur, niſi ei, qui uſucapere cœpit: adeo inquit, ut auctore Jaſone in *d.* §. 4. *num.* 17. argumentum ab uſucapione ad Publicianam, & contra affirmativè & negativè procedat: uſucapio autem ſine poſſeſſione non contingit. *l.* 25. *ff. de uſuc.* ac proinde, inquit, ceſſat in caſu propoſito color dominii per uſucapionem acquiſiti, quod ſit eſſentiale hujus actionis requiſitum, ut ſcilicet actor intendat ſe uſucepiſſe: quod utique prætendere non poſſit, ubi res tradita non eſt, neque poſſeſſio tranſlata. Hoc amplius, inquit, etſi DD. vulgo exiſtimant, quoad effectum transferendi dominii, ſufficere rem traditam eſſe, licet vacua rei poſſeſſio tradita non ſit, neminem tamen eſſe, qui non ſtatuat, opus eſſe vacuæ poſſeſſionis traditione, ut procedat uſucapio.

Ego verò totum hoc ad eas duntaxat ſpecies pertinere arbitror, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut apprehenſione poſſeſſionis eſt opus: edictumque conceptum eſſe de eo, quod ἐπὶ τὸ πολὺ accedit. Quibus autem ex cauſis dominium adipiſcimur, etiam antequam poſſeſſionem nacti ſumus, ex his etiam antea agi poſſe, ex ſententia ſcilicet & ratione edicti, quod eorum omnium gratia comparatum eſt, qui alias onere probandi dominii premerentur etiam ab injuſtis rei poſſeſſoribus. Nam ut Ulpianus ſcribit, *l.* 7. §. *in Publiciana.* 8. *ff. de Public. in rem. act.* in Publiciana actione omnia eadem ſunt, quæ in rei vindicatione. ac proinde quemadmodum ſi in caſu hoc noſtro res à vero domino legata, aut verè hereditaria fuiſſet, legatario aut heredi fidei commiſſario competeret rei vindicatio, etiamſi poſſeſſionem ejus rei nacti non eſſent: ita ſi res à non domino legata ſit, aut non ſit ex corporibus hereditatis reſtitutæ, danda erit legatario aut fideicommiſſario in rem Publiciana, quamvis nec illi poſſeſſionem nacti ſint. Atque hoc diſerte reſponſum eſt de eo, cui ex Trebelliano reſtituta eſt hereditas. *l. cum ſponſus* 12 §. 1. *d. tit.* item de domino, cujus ſervus cum in fuga eſſet, rem à non domino emit. *l. ſi ſervus* 15. *eod.* His autem caſibus cum uſucapio procedere non poſſit. *d. l.* 25. *ff. de uſuc.* apparet prætenſionem dominii per uſucapionem quæſiti non eſſe hujus actionis requiſitum eſſentiale: & proinde non eſſe perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere poſſe, niſi qui fuerit in conditione uſucapiendi. Sed & hoc ipſum falſum exiſtimo, quod actor hanc actionem inſtituens expreſſe intendat aut prætendat ſe uſucepiſſe. Quamvis enim Juſtinianus ſcribat, in hac actione eum, qui poſſeſſionem amiſit, dicere eam rem ſe uſu cepiſſe: illa tamen actoris intentio non ad nuda iſta verba exigenda eſt, ſed ad effectum & ſententiam verborum: quoniam ſic agitur, quaſi actor uſucepiſſet. Non dicet igitur expreſſe ſe rem uſucepiſſe, quod falſum eſt, & conſtitutioni hujus actionis contrarium: ſed quod ad omnem actionem recte inſtituendam pertinet, cauſam actionis ſua intentione complectetur. Dicet ſe rem, de qua agitur, bona fide v. c. emiſſe à Lucio Titio, & ab eo ſibi traditam bona fide accepiſſe, petere ſe, ut ſibi reſtituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipſa intendere videtur ſe uſucepiſſe, quia idem petit & jure prætorio conſequitur, quod peteret & conſequeretur jure civili, ſi uſucepiſſet. In cauſis ex quibus

bus & qui nondum poſſeſſionem nactus eſt, Publiciana agere poteſt, dicet actor rem ſibi à L. Titio legatam, aut eam in hereditate L. Titii fuiſſe, quam aut ipſe crevit, aut reſtitutam ſibi ex ſenatusconſulto obtinet: quibus caſibus cum Publicianæ locus ſit uſucapione non inchoata *d. l. 12. §. 1. de l. 15. de Publ. in rem act.* dominium quaſi uſucapione quæſitum fingi aut prætendi non poteſt. Hæc olim fuit Petri de Bella pertica opinio, probata, Jo. Fabro in §. 3. *Inſt. eod. n.* 12. & Donello in §. 4. *eod. num.* 4. & 14.

CAP. XXVIII.

Uſusfructus ſitne dividuus, an individuus?

QUæſtio hæc non tantum ad uſumfructum pertinet, ſed etiam ad cæteras res incorporales, puta hereditatem, obligationes & actiones, exceptis ſervitutibus prædiorum & nudo uſu, quæ individua eſſe apud omnes in confeſſo eſt. Dividuum noſtris eſt, quod dividi poteſt, ſive in partes numero diſcretas, ut decem aurei, decem boves, centum amphoræ vini: ſive in partes corporum, ut omnes res corporales, fundus, homo, navis &c. licet plerumque harum rerum diviſio in partes diſcretas fieri non poſſit, ſine rei interitu aut corruptione; veluti ſi homo gladio in partes ſecetur. Navem ſi dividas, inquit Daſcellius apud Macrobium, nec tu nec ſocius habebitis. Sed juris noſtri auctores alia ratione dividendi utuntur, ad commoditatem hominum & rei cujuſque naturam accommodata. *l. 9. §. 1. ff. de ſolut.* Cum enim de diviſione in partes corporis loquuntur, non intelligunt partes diſcretas & naturaliter diviſas, ſed indiſcretas & inter ſe confuſas, ac intellectu magis, quam corpore diviſas, ipſo rei corpore integro manente, verbi cauſa, cum dicimus Titium & Sempronium ejuſdem rei eſſe dominos, rem diviſam in partes eſſe ſignificamus, quarum unam Titius alteram Sempronius habeat. Verum hæ partes corporaliter ſeparatæ non ſunt, ſed confuſæ & commixtæ, ut neuter poſſit ſuam partem à parte ſocii ſui diſcretam oſtendere. *l. 5. ff. de ſtipul. ſerv. l. Mevius* 66. *§. 2. ff. de legat.* 2. Atque hæ partes propriè appellatione partium continentur; quia cum diviſio ac ſeparatio corporalis ſit, jam non amplius uno corpore tenentur, ſed ſingulæ per ſe corpus diſcretum conſtituunt, & totum quiddam verius, quam pars ſunt: verbi cauſa, ſi fundus in partes pro diviſo dividatur, jam duo fundi eſſe incipiunt. *l. rectè 25. §. 1. ff. de verb. ſign. l. 6. § 1. ff. comm. præd.* Quamvis autem dividuitas per ſe non poteſt convenire niſi corpori ſive rei corporeæ, nihil tamen prohibet, quominus etiam res incorporales, modo tales ſint, ut quod ex his percipitur, natura dividi poſſit, intellectu in partes pro indiviſo ſecernantur, ut non ex eo, quod ſunt natura dividuitas in his æſtimetur, ſed ex emolumento, quod propter partem diviſim percipitur: cum in emolumento ipſa pars quodammodo percipi videatur. Cujuſmodi res ſunt hereditas, obligatio & petitio cujuſque rei dividuæ, uſusfructus. Quidquid enim recipit communionem, talem etiam recipit diviſionem. Hoc intereſt inter res pleraſque mobiles, puta ſcyphum, equum & res incorporales, quod illæ per rerum naturam etiam facto ipſo dividi pro partibus diviſis, & ita corrumpi poſſunt: at hæ, jura incorporalia ne quidem per rerum naturam facto ipſo dividi poſſunt. Ea, quæ in nominibus ſunt, in judicio familiæ erciſcundæ non dividi, cum ipſo jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum diviſa ſint, legimus in *l. 6. C. fam. erciſc.* De hereditate, niſi teſtator aliter diviſerit, eam diſtribui in duodecim uncias, quæ aſſis appellatione continentur. *§. hereditas. 5. Inſtit. de hered. inſtit. l. 13. §. 1. ff. eod. add. l. 1. §. 1. 3. & 4. ff. ſi pars hered. petit.* De uſufructu, de quo hic ex profeſſo, eum pro parte conſtitui poſſe, & legitimo tempore ſimiliter amitti. *l. 5. ff. de uſufruct.* pro parte nos frui poſſe, uti non poſſe *l. uſus. 19. ff. de uſu & habit.* uſumfructum dividi poſſe, nec ſicut cæteræ ſervitutes individuæ ſunt, ita & ipſum individuum eſſe. *l. 1. § ſi uſusfructus 9. ff. ad leg. Falcid* Uſumfructum legatum venire in computationem legis Falcidiæ, quia diviſionem recipit: adeo ut ſi duobus legatus fuerit, ipſo jure ad ſingulos partes pertineant. *l. ſi uſusfructus. 81. ff. eod. titul.* Cernitur autem maximè hæc dividuitas, cum pluribus in eundem uſumfructum conjunctis, aut concurſu partes fiunt; aut deficientium partes conjunctis accreſcunt. *tot. tit. ff. de uſufr. accreſc.* Nec putandum eſt uſumfructum

dici

dici dividuum tantum reſpectu partium fundi fructuarii: poſſunt enim in eodem fundo indiviſo partes uſusfructus diverſæ à diverſis haberi: & cum in judiciis diviſoriis cautionibus interpoſitis, qualiter fruantur, à communione diſceditur, aut cum per legem falcidiam uſusfructus minuitur, non ideo fundus in plures partes minutiores diſpeſcitur. *l. ſi cujus* 13. *§.* 3. *ff. de uſufr. l.* 7. *§. cum de uſufructu* 10. *ff. comm. div. l. & puto.* 16. *pr. ff. famil. erciſc.* Cur igitur ſervitutes prædiorum individuæ? *l. via* 17. *ff. de ſervit. l.* 1. *§. ſi uſusfructus.* 9. *ff. ad leg. Falcid. l. ſtipulationes non dividuntur.* 72. *ff. de verb. oblig.* Reſp. hoc non ex eo eſt, quod ſunt res incorporales, ne quis erret; ſed quia in ſolo uſu conſiſtunt, & ſolo ſervitute utentis facto, puta euntis, aquam ducentis, tignum immittentis, projicientis, &c. terminantur, nulla re relicta, quæ dividi poſſit. Uſusfructus autem dividuus eſt, quia licet & ipſe in facto ab initio conſiſtat *l. un. ff. quand. dies uſusfr. leg.* facto tamen ſolo non terminatur, ſed poſt ſe relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem; qui fructus cum dividi poſſint etiam jus eorum percipiendorum dividuum habetur: quamvis ipſius juris nulla ſit phiſica diviſio. Recipiunt quidem & prædiorum ſervitutes diviſionem per tempora, ſed ita uſus ſervitutum non dividitur, ſed per intervalla diſtinguitur, ut nihilominus tota ſemper utamur ſervitute. *l.* 5. *§.* 1. *ff. de ſervit.* & eſt tantum modus adjectus toti ſive uſui totius. *l. arbor.* 19. *§. ult. ff. com. divid.* Putaverit tamen aliquis non magis uſumfructum, quam uſum dividuum dici poſſe, cum uſus ut diſputat Hotomannus *illuſt. quæſt.* 20. ſit pars homogenea uſusfructus. Uſus autem cujuſque ſemper in ſolidum eſt. *luſus* 19. *ff. de uſ. & habit. l.* 5. *§. ult ff. commod.* Sed falſum eſt, quod Hotomannus aſſumit, uſum formalem ſive ſeparatum, partem eſſe ſive homogeneam ſive heterogeneam uſusfructus, & partium illa in ſimilares & diſſimilares diſtinctio propria eſt partium corporis.

Ex contrario putaverit aliquis non minus uſum quam uſumfructum dividuum eſſe, & partes pro indiviſo recipere, quoniam uſus nihil aliud ſit, quam parvus quidam uſusfructus. Sed & hoc quoque falſum eſt: nam uſusfructus continet omnem utilitatem, quæ ex re percipi poteſt, uſus ſolos eos fructus, qui neceſſitati utentis ſufficiunt. Nihil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures ſimul, quiſque ad ſuam neceſſitatem, & tamen pro parte re utantur. In uſufructu nulla habetur ratio neceſſitatis fructuarii, ſed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire poſſunt: nam fruimur etiam ad compendium: in uſu vero non ad fructus reſpicitur, ſed tantum ad indigentiam perſonæ uſuarii, cujus ſolo facto & conſumptione uſus terminatur, nihil relinquens, quod dividi poſſit: in quo uſus ſimilis ſervitutibus prædiorum. Plures in eundem uſumfructum conjungi poſſunt, in eundem uſum plures conjungi non poſſunt: qua enim ratione uſus diviſionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Hinc eſt, quod uſus amiſſus ſemper ad proprietatem redit, uſusfructus amiſſus ad conjunctum *tit. ff. de uſuf. accreſc.*

Exemplo res fiet illuſtrior. Ponamus ſylvæ amplæ & copioſæ uſum tribus perſonis legatum eſſe, quæ vel decem ſatis lignorum ad rei familiaris uſum ſuppeditare queat. Hic legatarii non habent tres partes (diviſas vel indiviſas) unius uſus, ſed pro ſe quiſque uſum ſolidum & diſtinctum. Contra eſt, ſi hic uſumfructum pluribus legatum eſſe ponamus. Nam unius rei poſſunt plures eſſe uſus, quia nihil impedit, quominus quiſque, verbi cauſa, tantum lignorum cædat, quantum ei ſufficiat ad uſum & conſumptionem quotidianam. Uſusfructus autem non niſi unus ejuſdem rei eſſe poteſt, cum per rerum naturam fieri nequeat, ut plures in ſolidum fruantur, & ſinguli omnem fructum atque utilitatem percipiant. Si equi uſusfructus duobus legatus ſit; equus locari poteſt, & penſio uterutrumque dividi. *l.* 7. *§. cum de* 10. *ff. comm. div.* Si uſus equi legatus, locari nequit, ſed tantum uterque ad ſuam neceſſitatem equo uti poteſt. Quod ſi uterque eodem tempore indigeant equo ad negotia ſua, apparet eos in uſu concurrere non poſſe: nec ita igitur res transfigetur, ut *d. l.* 7. *§.* 10. ſed neceſſe erit uni ſoli uſum adjudicari, & hunc alteri in præſtationem æſtimationis partis condemnari. *l. item.* 10. *§.* 1. *ff. d. tit.* aut utendi facultatem temporibus inter eos dividi. arg. *l. arbor* 19. *§. ult. ff. eod.* Atque hoc ita propter neceſſitatem. *d. l.* 10. *§.* 1. Reddetur autem utile communi dividundo judicium per *l. ſi cum duorum* 32. *de ſtip. ſerv.* Non obſtat, quod apud Ulpianum legimus, ſi tibi uſus, mihi fructus legetur, concurrere nos in uſu. *l. per ſervum.* 14. *§.* 2. *ff. de uſu & habit.* quoniam in tali ſpecie ita concurrit cum uſuario fructuarius, ut percipiat, quod uſuario ſupererit, & ipſe interim etiam fruendi

cauſa

cauſa uſum habeat, ſeu uſum cauſalem, qui fructui ſemper ineſt. *l. ſi alii 42. junct. d. l. 14. §. 1. ff. eod.* Quod vero generaliter traditum eſt in *l. ſtipulationes. 72. ff. de verb. oblig.* viam, iter, actum, cæteraſque ſervitutes diviſionem non recipere, id ad uſumfructum non pertinet, ſed eo ſenſu dictum eſt, quo ſervitutes prædiorum per excellentiam abſolute ita nominantur. §. *ult. Inſtit. de uſu & habit. l. 4. & paſſim. ff. de ſervit. DD. comm. ad d. l. 72. & ad l. 2. ff. de verb. obligat. Gomez. 2. reſolut. 10. num. 18. Caſtil. tract. de uſufruct. c. 31.* Diſſentit *Hotom. quæſt. illuſtrib. c. 20.* cujus objectionibus facile ex iis, quæ à nobis diſputata ſunt, occurri poteſt.

CAP. XXIX.

An teſtator poſſit fructuario remittere partem cautionis fructuariæ, quæ eſt de re finito uſufructu reſtituenda?

JUs eſt Uſufructuario rebus alienis utendi fruendi, ſed ſalva rerum ſubſtantia, id eſt, dum ita utatur fruatur, ut rem ſalvam ſervet domino. Quapropter, ut dominus ſecurus eſſe poſſit de proprietate deſiderante eo fructuarius cavere cogitur, & uſurum ſe boni viri arbitratu, & cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum quod inde extabit. *l. 1. & tot. tit. ff. uſufr. quemad. cav.* quæ cautio ſatisdatio eſt, id eſt, cavere debet fructuarius datis fidejuſſoribus *l. 13. pr. ff. de uſufr. l. 4. C. eod.* habet autem iſta ſtipulatio duas cauſas, propter quas interponitur, unam de uſu, alteram de reſtitutione; quarum prior ſæpius committi poteſt, quoties nimirum aliter utitur fructuarius, quam vir bonus arbitrabitur: poſterior ſemel duntaxat, uſufructu ſcilicet quoquomodo finito *d. l. 1. § pen. uſufr. quemad. cav.* Pertinet porro hæc cautio ad omnem fructuarium *d. l. 13. ff. de uſufr. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. ff. uſufr. quem cav.* excepto patre fructuario bonorum filii adventitiorum. *l. 6. §. non autem l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib.* quod datum reverentiæ paternæ. item eo, cui uſufructu pure legato proprietas ex die debetur, ex dicti nimirum ſententia, quia certum eſt proprietatem ad eum perventuram. *l. 9. §. ult ff. uſufr. quem cav.* Interpretes & fiſcum excipiunt, & donatorem omnium vel etiam partis bonorum retento uſufructu. Quod rationem habet, per *l. 1. §. ſi ad fiſcum 18 ff. ut leg. nom. cav. & l. inter eos 19. §. 1. ff. de re jud.* Sed & in quaſi uſufructu cautio à fructuario præſtanda, (quæ & ipſa ſatisdatio eſt) nimirum ſe cum morietur, aut capite minuerit reſtituturum non eadem quidem corpora, quæ accepit, quod iis conſumptis fieri non poteſt; ſed tantundem aut eorum æſtimationem *§. 2. I. de uſufr. l. 7. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſ. conſ.* nam clauſula de utendo boni viri arbitratu ad quaſi uſumfructum pertinere non poteſt, ut recte Caſtillo *tr. de uſufr. c. 15. num. 13.* In utroque autem uſufructu & vero & quaſi, cautio adeo neceſſaria eſſe putatur, ut ne teſtator quidem eam remittere fructuario valeat per *l. pen. C. ut in poſſ. legat. l. 1. C. de uſufr. l. 6. ff. ut in poſſ. legat. Gail. 2. obſ. 145. Caſtill. d. tract. c. 15. poſt DD. in d. l. 1. & d. l. pen.* Et quidem illud conſtat remiſſione cautionis facta à teſtatore non vitiari legatum ipſum uſusfructus, ſed non obſtante hac remiſſione legatarium cautione oblata uſumfructum petere poſſe. *l. 6. ff. ut in poſſ. leg. l. 1. C. de uſufr.* quamvis contrarium putet Hunnius *reſol. ad* [illegible] *lib. 2. tr. 2. quæſt. 26.* idque duplici, ſed utroque inepto & futili argumento. Primum petitum eſt ex *l. 7. pr. ff. uſufr. quem. cav.* ubi Juriſconſultus ait, ſi res uſusfructus nomine non exacta ſatisdatione tradita ſit, poſſe heredem rem vindicare, & ſi objiciatur exceptio de uſusfructus nomine tradita, replicandum eſſe. Reſpondeo primum, idem obtinere, & ſi teſtator cautionem non remiſit; neque ullum in eo textu verbum extare, unde colligi poſſit, de eo caſu loqui Juriſconſultum, quo cautio remiſſa eſt. Sententia Juriſconſulti minime obſcura, ſed plana eſt, nempe ſi heres forte per oblivionem cautione non exacta rem fructuariam tradidit, poſſe eum rem vindicare, & excipientem legatarium de re uſusfructus nomine tradita, niſi paratus ſit ſatisdare, replicatione doli mali removere. Alterum argumentum Hunnii eſt, quia quidquid contra legem fit, ipſo jure nullum eſt Concedimus nullum eſſe, quod contra legem fit, ſed non ultra quam quatenus in legem peccatum eſt. Non peccat autem teſtator in legem legando uſumfructum, ſed contra legem facit remittendo cautio-

cautionem: quam remiſſionem idcirco etiam nullius momenti eſſe fatemur. Sic etſi donatio quæ ſummam quingentorum ſolidorum excedens actis inſinuata non eſt, contra legem fiat, non tamen ideo in totum irrita eſt, ſed tantum quatenus legitimum modum excedit. *l. ſancimus.* 34. *C. de donat.* Cæterum an in totum verum ſit & ad utramque clauſulam cautionis fructuariæ pertineat, quod vulgo traditur, cautionem iſtam à teſtatore remitti non poſſe, merito dubites. In quaſi uſufructu quoniam proprietas tranſit in fructuarium, nec fructuarius præſtat cautionem de re boni viri arbitratu utenda, & finito uſufructu reſtituenda ipſa re, ſed tantum de reſtituendo tantundem, non poteſt teſtator remittere cautionem de tali vel tali ſumma reſtituenda. *l.* 6. *ff. ut in poſſ. leg. l.* 1. *C. de uſufr.* Ratio eſt, ut hac ſaltem via ſecuritatem ſibi addere poſſit proprietarius. Quippe qui hic finito uſufructu nullam actionem in rem adverſus fructuarium habeat, ſed perſonalem duntaxat, ſcilicet quantitatis condictionem. *l.* 5. §. 1. *ff. de uſufr. ear. rer.* quæ actio proprietario inutilis erit, ſi finito uſufructu debitor inops reperiatur. At in vero & proprio uſufructu, cum cautio ad hæc duo pertineat, primum ut fructuarius boni viri arbitratu utatur fruatur; deinde ut rem finito uſufructu reſtituat, hic primam quidem cautionem teſtator remittere non poteſt. *l. pen. C. ut in poſſ. leg.* quoniam remoto hujus cautionis metu invitaretur ad delinquendum in re aliena, quod fieri non debet, arg. *l. ſi unus.* 27. §. 3. *ff. de pact.* cum etiam quia hic heres quidem habiturus eſt actionem contra fructuarium, ubi res negligentia ejus deterior facta eſt. *l.* 13. §. 2. *verſ. denique. ff. de uſufr.* cæterum quæ heredi inutilis futura, ſi forte finito uſufructu ad inopiam fructuarius redactus fuerit. At probabiliter defendi poteſt, teſtatorem poſſe remittere cautionem de re reſtituenda: quia etſi ea omiſſa ſit, habet tamen proprietarius actionem in rem, qua rem ipſam finito uſufructu vindicet. *l.* 3. §. *ult. l.* 7. *pr. l. ult. verſ. ſi igitur. ff. uſufr. quem. caveat.* & ſic poteſt teſtator prohibere ne legatarii aut fideicommiſſarii cautionem ab herede exigant nomine legati vel fideicommiſſi. *l* 1. *pr. ff ut leg. nom. cav. l. pen. C. ut in poſſeſſ. legat.* & ideo in *d. l. pen.* non vetatur teſtator remittere ſatisdationem de re finito uſufructu reſtituenda, ſed duntaxat de utendo fruendo boni viri arbitratu. Ita memini diſputare ſolitum virum clariſſimum & Collegam quondam noſtrum D. Petrum Cunæum piæ memoriæ.

CAP. XXX.

An in argumento de ſervitutibus prædiorum ſola ædificia ad uſum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?

Sicut prædia vel urbana ſunt, vel ruſtica, ita & ſervitutes, quæ iis inhærent, vel urbanorum prædiorum ſunt, vel ruſticorum; ſic enim à ſubjectis ſervitutes diſtinguuntur. *l.* 1. *ff. de ſervit.* Prædia ruſtica ſunt loca ædificiis vacua, in urbe area, horti, ruri ager *l fundi* 211 *ff. de verb ſign.* Urbana autem prædia in hac materia appellamus ædificia omnia, etſi in villa ædificata ſunt. *l.* 1. *ff. comm. præd.* §. 1. *Inſt. de ſerv. præd.* Quæ igitur locis puris inhærent, prædiorum ruſticorum ſervitutes ſunt, quæ ædificiis, prædiorum urbanorum: diſtinctione ſcilicet non à loco ſumpta, ſed à materia vel genere prædii. *l. fundi.* 166. *l. urbana.* 198. *ff. de verb. ſign.* Sunt tamen, qui à fine ſumptam putant, & ea ſola ædificia urbanorum prædiorum numero eſſe, quæ habitandi cauſa parata ſunt: horrea autem quæ ruri ædificantur, ad fructus reponendos & cuſtodiendos, magis eſſe ut prædia ruſtica cenſeantur. *Cæpoll. de ſervit. urb. c.* 11. *num.* 2. *Mynſ. Weſemb. Vult. ad* §. 1. *Inſt. d. tit. Bronch. cent.* 1. *aſſ.* 95. Sed male mea quidem ſententia, quod quidem ad propoſitam tractationem attinet. Fac enim unum è dominis, qui vicina aut contigua horrea habent, alteri, cui forte ad grana à paleis repurganda flatu venti opus ſit, ceſſiſſe ſervitutem altius non tollendi, aut jus alteri conſtituiſſe tigni immittendi in parietem horrei ſui. Hæ ſervitutes utique urbanæ dicendæ ſunt, non ruſticæ. Quid enim intereſt, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur, in parietem horrei, an in quem alium tignum immittatur? In conſtituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nunciando. Ratio autem non patitur, ut una eademque ſpecie ſervitus nunc urbana, nunc ruſtica dicatur. Non eſt tamen hæc ſententia uſquequaque expedita. Scribit enim Neratius *l.* 2. *ff. de ſervit. præd. ruſt.* licere altius tollere, & officere prætorio vicini ſervitu-

tem eſſe predii ruſtici: atqui prætorium ſignificat id ædificium, in quo dominus, ſi quando ruti eſt, habitat ſeparatum ab habitatione villici, ut ex columella & Palladio conſtat, quale tamen prædium urbanum eſſe cæteri omnes fatentur. Reſp. Neratium illic ſuo arbitrio loqui, non conſiderato juris effectu. Quod ut perfectius intelligatur, ſciendum eſt, prædia, eorumque jura dupliciter conſiderari, vel ſimpliciter, quâ conſideratione nihil prohibet ea loco diſtinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris; qua conſideratione nunquam loco diſtinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invectis & illatis in prædium ruſticum à colono, *l. 4. l. 7. ff quib. in cauſ. pign. tac.* urbanum prædium accipimus etiam tabernas, ſtabula, aliaque meritoria, etiam quæ non ſunt in continentibus ædificiis, ſed in villis & vicis, vel ipſo teſte Neratio *d. l. 4. §. 1.* Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac cauſa prædia ruſtica habentur. arg. *l. urbana 198. ff. de verb. ſign.* Cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ ſi ruſtica ſint aut ſuburbana, oratione Severi ſine decreto prohibentur alienari *l. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tut.* (quod conſtitutione Conſtantini ad urbana quoque prædia poſtea extenſum eſt *l. 22. C. de adm. tut.*) prædia à fine & uſu diſtinguuntur, & ruſtica quoque intelliguntur horti olitorii & vinarii, qui in urbe ſunt, & villæ fundi cauſa & propter opus ruſticum ædificatæ: reliqua ædificia, ſtabula meritoria, etſi ruri ſint, horti quoque ædificiorum, unde nihil aut parum reditus, & multo magis area, pro prædiis urbanis habentur. *d. l. urbana ff. de verb. ſign.* quo loco Ulpianus orationem illam Severi interpretatur, ut Cujacius *7. obſ. 24. & Goedd ad d. l. urbana* bene obſervaverunt. Similiter cum de ſervitutibus ſimpliciter quæritur, quorum prædiorum ſint, loco itidem, ut prædia ipſa diſtingui poſſunt, quod fecit Neratius *d. l. 2. ff. de ſerv præd. ruſt.* At cum quæritur de vi & effectu juris in iis conſtituendis, acquirendis, amittendis, pignorandis novo opere earum nomine nuntiando (vide *l. 1. l. 6. ff. de ſerv. præd. urb. l. 6. l. 7. § 1. ff. comm. præd. l. 11. § ult. & l. ſeq. ff. de pign. l. 5. § & belle 9. l. 14. ff. de op. nov. nunc.*) loci ratio nulla habetur. Sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ; quæ locis puris ruſticæ dicuntur. Et quia hac conſideratione neque ulla ædificia poſſunt eſſe ſubjectum ſervitutum ruſticarum, nec loca ulla ædificiis vacua ſubjectum urbanarum, hinc factum, ut ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis ſunt, ſive ad uſum urbanum, puta ad habitandum, ac viatores recipiendos, aliumve quæſtum faciendum comparata ſint, ſive ad uſum ruſticum, ad fruges condendas & cuſtodiendas, ad ſtabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & horti ad voluptatem comparati, prædia ruſtica, diſtinctione ſubjecti ad naturam ſervitutum accommodata. Idque contra Cæpollam & alios ſupra allegatos etiam Bacchovius bene obſervavit ad §. 1. *Inſtit. de ſervit. præd.* Non obſtant iis, quæ diximus *l. 7. §. 1. l. iter 14. ff. comm. præd. l. ſervitutes. 20. §. 1. ff. de ſerv. præd. urb.* ubi iter dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, ſervitus ruſtica eſt; quippe quod fere debetur per aream, quæ hic inſtar fundi habet: neque etiam ad iter qua debetur per ædes, quicquam ſtructura ædificii facit, imo magis eſt impedimento. Ulpianus in *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem. act* aquæ ductum per domum transductum vocat ſervitutem prædii urbani; quæ tamen & ipſa revera ruſtica eſt, ſi de vi & effectu juris, de quo ſupra diximus, quæritur. & ſervitutum diſtinctio non à re, quæ debet ſervitutem, ſed ab ea, cui debetur, ſumitur. *l. 1. §. & datur. 43. ff. de acq. rer. & aſt.* Denique ſublato ædificio hujuſmodi ſervitus adhuc præſtari poteſt, (Sed per hoc non ſatisfit arg. *ex ſupra cit. l. 20. §. 1.* ibi enim non per domum, ſed ad domum debetur iter, conſequenter dicetur à prædio dominante, ſervitus urbana quæ alias eſt ruſtica.)

CAP. XXXI.

An in præſcriptione ſervitutum ſemper opus ſit titulo

SErvitutes, utpote res incorporales, in quas non cadit poſſeſſio, natura ſuâ uſucapi non poſſunt. *l. ſervus. 43. §. 1. ff. de aq. rer. dom. l. ſervitutes 14. ff. de ſervit. l. ſi aliena 10. §. 1. ff. de uſuc.* Et quamvis olim moribus ſive auctoritate prudentum introducta eſſet ſervitutum in prædiis urbanis uſucapio, quod in his videatur eſſe continua quædam, ſi non poſſeſſio, at ſaltem quaſi poſſeſſio, cum ruſticarum ſervitu-

tum

tum uſus non ita ſit continuus: tamen quia nec urbanæ ſervitutes verè poſſidentur, lex Scribonia denuo harum uſucapionem, quæ moribus contra rationem juris invaluerat, ſuſtulit, ut poſt legem Scriboniam & tempore mediæ jurisprudentiæ non magis urbanorum prædiorum ſervitutes, quam ruſticorum uſucapi potuerint. *l. 4. §. ult. ff de uſuc. d. l.* 10. §. 1. *eod. d. l.* 14 *ff. de ſervit.* ubi duplex ratio affertur cur prædiorum ruſticorum ſervitutes non uſucapiantur. 1. quia incorporales ſunt, ac proinde nec poſſidentur. 2. quia earum uſus non eſt continuus, ſed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in ſervitutibus prædiorum urbanorum, & ſola ſufficit ad impediendam uſucapionem. atque ideo in *fin. pr. d. l.* 14. additur, *Idem & in ſervitutibus prædiorum urbanorum obſervatur.* Poſterior autem cauſa ceſſat in ſervitutibus urbanis: atque hinc harum duntaxat uſucapio, non etiam ruſticarum introducta fuit.

Etſi autem ſervitutes uſucapi nequiverint, id eſt, biennio, quo tempore olim uſucapio rerum immobilium in ſolo Italico implebatur, acquiri: tamen potuerunt decem vel inter abſentes viginti annorum diuturno uſu ita acquiri, ut tanquam jure impoſitæ, utilibus actionibus vindicarentur, *d. l.* 10. *ff. ſi ſerv. vind. l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv. arc.* Atque eo pertinet *l.* 2. *c. de ſerv. & aq.* ubi Antoninus ait, ſervitutes tempore acquiri, exemplo rerum immobilium: nempe præſcriptione decem annorum. Non enim de uſucapione ſervitutis Imperator loquitur; ſed de præſcriptione, quæ non directam, ſed utilem actionem dat: & de rebus immobilibus ſeu prædiis provincialibus, quorum non erat uſucapio, ſed duntaxat præſcriptio. Sic idem Imperator in *l.* 1. *C. eod. tit.* non loquitur de uſucapione ſervitutis, ſed de præſcriptione, quæ longi temporis conſuetudine vicem ſervitutis obtinet. Porro decem annorum uſu, qui pro poſſeſſione eſt, omnes ſervitutes acquiruntur: generalis enim eſt definitio *d. l.* 10 *ff. ſi ſerv. vind. d. l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* Ac proinde rejiciendum eſt diſcrimen inter ſervitutes continuas & diſcontinuas, quaſi illæ decem annis, hæ non niſi tempore immemoriali præſcribantur. Quamvis enim uſus corporalis in pleriſque ſervitutibus ruſticorum prædiorum, puta itinere, actu, &c. continuari nequit. *d. l. ſervitutes* 14. *ff. de ſervit.* poſſeſſio tamen earum non amittitur, quamdiu animo retinetur. §. 5. *Inſt. de interdict. l.* 3. §. *ſed &* 7 *ff. de acq. poſſ* Nam quod iſtis locis de rebus corporalibus dicitur, id vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet. & eſt hujus rei argumentum in *l.* 1. §. 2. *ff de itin. act. priv.* Hodie poſt transformatam à Juſtiniano uſucapionem, & uſucapionem rerum ſoli cum longi temporis præſcriptione confuſam, ſervitutes tam uſucapione, quam præſcriptione acquiri recte defendi poteſt, uſucapione videlicet Juſtinianea, arg. *l. ult. in fin. C. præſc. long. temp. junct. l. un. C. de uſuc. transform.*

Exiſtimo autem, quæ & communis eſt ſententia, ſervitutes duobus modis per ſe & principaliter longa quaſi poſſeſſione acquiri poſſe. Ajo per ſe & principaliter, quoniam ſervitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi poſſunt. *l.* 10. §. 1. *ff. de uſuc.* ſed uno duntaxat modo, quo ſcilicet & ipſa ædificia: ac tum non tam ipſa ſervitus uſucapitur, quam prædium; quod uſucaptum ſuæ conditiones ſequuntur. arg. *l. via.* 23. §. 2. *ff. de ſerv. præd. ruſt. l. traditio* 20. §. 1. *ff. de aq. rer. dom.* Primus modus, quo ſervitus per ſe longo uſu acquiritur, eſt, ſi ſervitute ex juſta cauſa ſive titulo à non domino prædii, quem tamen dominum eſſe credebamus, conſtituta per decem vel viginti annos continenter uſi fuerimus. qui modus cum rerum corporalium uſucapione ſeu præſcriptione communis eſt ac de hoc modo accipienda eſt *l. ult. C. de long. temp. præſcr.* ut patet ex ipſo contextu. Et quia hic poſſeſſionis initium eſt à non domino prædii, ideo etiam titulus hic neceſſarius eſt: at contra ignorantia dominum nihil juvat, uti nec in uſucapione rerum corporalium *d. l. ult. C. de præſc. long. temp.* Alter modus ſervitutum eſt proprius, ſi nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id eſt, domino prædii ſervientis ſciente & patiente, quod hic pro traditione & vice boni initii eſt, per continuum legitimi temporis ſpatium ſervitute uſi ſimus. Nimirum quia hic initium poſſeſſionis eſt ab ipſo domino, ideo ſcientiam quidem domini, à quo poſſeſſionis initium profectum eſt, requirimus; titulum autem non item: quoniam ſi etiam titulus adeſſet, puta ſi dominus prædii mihi ſervitutem conſtituiſſet & tradidiſſet ex cauſa venditionis, donationis, &c. ſervitus ſtatim citra præſcriptionem pleno jure acquireretur. per *l. nunquam* 31. *pr. ff. de acq. dom.* §. *per traditionem.* 40. *Inſt. eod.* Ad hunc poſteriorem modum pertinet *l. ſi quis* 10. *ff. ſi ſerv. vind. Si quis* inquit ibi Ulpianus, *diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione jus aquæ ducendæ nactus ſit, non eſt ei neceſſe docere de jure, quo aqua conſtituta eſt, veluti ex*

 lega-

legato, vel alio modo: ſed utilem habet actionem, ut oſtendat per annos forte tot uſum ſe, non vi, non clam, non precario, poſſediſſe. Diſplicet quidem hæc ſententia Franciſco Duareno *l.* 1. *diſp. c.* 34. ubi verba illa Ulpiani, *non eſt ei neceſſe docere de jure, quo aqua conſtituta eſt*, interpretatur de jure civili & directo, quaſi hæc ſit Juriſconſulti ſententia, ei qui ita aquæ ductum nactus eſt, recte ſervitutem quæſitam videri, quamvis jure, id eſt, jure civili & directo non ſit conſtituta, & ob id eum non debere probare de juſta ſervitutis conſtitutione, puta eam ſibi donatam, aut legatam, &c. eſſe. Sed hæc interpretatio neque verbis Ulpiani neque ſententiæ convenit. Verbis non convenit, quia Ulpianus ipſe exemplo declarat, ſe verbo juris intelligere titulum, dum ait, *veluti ex legato*, ut perinde habendum ſit, ac ſi dixiſſet, non eſſe utenti neceſſe docere de titulo, quo aqua conſtituta ſit. Nam ut hoc exemplo intelligamus non titulum poſſeſſionis acquiſitæ, ſed modum, quo aqua jure civili impoſita ſit, verba non patiuntur: poteſt enim ſervitus legari ab eo, qui non ſit dominus fundi, à quo ſervitutem jure conſtitutam nemo dixerit. Quod ſi à domino legatam accipimus, jam hoc non conveniet Juriſconſulti ſententiæ, qui quæſtionem proponit de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus eſt diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione. At cui à domino prædii ſervitus legata eſt, is eam ſtatim à principio ſibi recte conſtitutam habet. Similis locus ſuperiori eſt in *l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* ubi idem Juriſconſultus definit, in ſervitutibus hoc nos ſequi, ut ubi ſervitus non invenitur impoſita, videatur is habuiſſe longa conſuetudine, velut jure impoſitam ſervitutem, qui diu uſus eſt nec vi, nec clam, nec precario. Non invenitur ſervitus impoſita, cum non invenitur titulus, quo eſt impoſita: nam tituli ſunt cauſæ, ex quibus res quæque acquiruntur. Ait Juriſconſultus hoc jus nos ſequi in ſervitutibus, quo ſignificat hoc eſſe ſervitutum proprium, & in eo eſſe aliquid diverſum ab uſucapione & præſcriptione rerum corporalium; nihil autem hic proprium eſſet ſervitutum, ſi in hac acquiſitione etiam titulum poſſeſſionis exigeremus. Ait denique longa conſuetudine ſervitutem ita acquiri, ſi quis uſus ſit nec vi, nec clam, nec precario: quibus verbis exigitur, ut uſus ſit domino prædii ſciente: at titulo accedente & bona fide, ignorantia domini uſucapionem ſive longi temporis præſcriptionem non impedit. *l. ult. in fin. C. de præſcr. long. temp.* Denique idem plane ſignificatur in *l.* 2. *C. de ſerv. & aq.* nempe jus aquæ ducendæ longo tempore acquiri, ſi quis per fundum ſciente & patiente domino fundi aquam tanto tempore duxerit. Non poteſt hoc ſine vitio intelligi de eo, qui titulum habet: Nam ſi eum habeat à domino, ſtatim illi ſervitus quæſita eſt; ſi à non domino, procedit longi temporis præſcriptio etiam vero domino ignorante, *d. l. ult. C. de long. temp. præſcr.* Unde etiam liquet illa Imp. Antonini verba *in d. l.* 2. *ſervitutem exemplo rerum immobilium tempore quæſiſti*, continere duntaxat comparationem ſervitutum & rerum immobilium ratione temporis, quo per poſſeſſionem acquiruntur; non autem ſimplicem & reſpectu omnium conditionum: ut hic ſit ſenſus, quemadmodum res immobiles ſoli provincialis (loquitur enim Imp. non de uſucapione rerum ſoli Italici, quæ biennio implebatur, ſed de longi temporis præſcriptione, quæ locum habebat in prædiis provincialibus) longi temporis poſſeſſione quæri poſſunt, ita poſſe & ſervitutem aquæ ductus acquiri, ſi quis aquam per fundum domini eo ſciente nec contradicente per idem tempus duxerit. Fruſtra igitur hunc locum contra communem urget Coraſius in *l. ſervitutes* 14. *n.* 31. *ff. de ſervit* Moveri non debemus *l. nullo* 24. *C. de rei vind. l. ult. C. de uſuc. pro herede.* aut ſimilibus locis, quibus traditur, nullo juſto titulo præcedente poſſidentes dominium quærere prohiberi; uſucapionem non præcedente vero titulo non procedere. Nam & poſſeſſionis, & dominii, & uſucapionis verba, quibus iſtæ ſententiæ conceptæ ſunt declarant eas pertinere ad uſucapionem rerum corporalium, in quas ſolum propriè cadit poſſeſſio, uſucapio, dominium. In his rebus & nos concedimus nullam eſſe uſucapionem, niſi juſto titulo præcedente. At in ſervitutibus diſtinctio ſuperior obſervanda eſt, ut ſiquidem initium poſſeſſionis ſervitutis profectum ſit à non domino prædii, qui tamen dominus eſſe putabatur, etiam titulus ad ſervitutem tempore acquirendam deſideretur, ut in uſucapione rerum corporalium. *l. ult. C. de long. temp. præſcr.* At ubi poſſeſſionis initium proficiſcitur ab ipſo fundi domino, qui ſciens patitur nos per longi temporis ſpatium ſervitute uti, ita nos uſos eſſe ad præſcriptionem ſervitutis ſufficit, nec titulus requiritur, imo non niſi inepte, ut ſupra oſtendimus, requireretur. Atque eo pertinet, quod dicitur in *l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv. in ſervitutibus hoc nos jus ſequi*, &c. nimirum in ſervitutibus ſolis non etiam in rebus corporalibus, aut ipſis prædiis. Ne quis autem captet, quod ſupra diximus, ſcientiam & patientiam domini in hac acquiſitione ſervitutis eſſe vice boni

initii,

initii, & quoque loco traditionis, atque inde colligat ita ſtatim ſervitutem quæri, non ex longa temporis poſſeſſione: Is cogitet hic abeſſe titulum, & ideo per hanc quaſi traditionem non ſtatim ſervitutem noſtram fieri. *arg. l. nunquam* 31. *ff. de acq. rer. dom.* ſed hoc tantum effici, ut locus ſit præſcriptioni. vide *Balbum de præſcr. p.* 2. *q.* 2. *n.* 1. *quart. part. princ. Covar.* 1. *var. reſol. c.* 17. *n.* 7. *Coſtal. in l.* 10. *ff. ſi ſerv. vind. Caſtill. tract. de uſufr. c.* 68. *n.* 16. *Fachin.* 8. *contr.* 22. & inprimis *Donell.* 11. *comm.* 12. Diſſent. *Duar.* 1. *diſp.* 34. *Hotom.* 8. *obſ.* 11. *Coraſ. loco ſupra allegato. Ravard. ad leg. Scribon. c.* 7. quorum ſingulorum argumentis ex profeſſo occurrit *Schiforde-ger lib.* 1. *tr.* 6. *qu.* 1. *& ſeqq.*

CAP. XXXII.

An quæ ſervitutes prædiorum pignori dari poſſint?

CErti atque explorati juris eſt, fructuarium poſſe uſumfructum, id eſt, jus utendi fruendi pignori hypothecæve dare, etiam invito proprietario, & ſi velit proprietarius cum creditore agere, non eſſet ei jus uti frui invito ſe, prætorem exceptione tueri creditorem. *l.* 11. §. *pen. ff. de pign.* ubi hujus rei etiam ratio redditur, quod & emptorem uſusfructus prætor tueatur, ducto ſcilicet argumento à majori. *l.* 9. §. 1. *ff. eod.* Eſt & alia ratio, quia fructus rei etiam in eo eſt, ut pignori dare liceat. *l. ult. ff. de uſur. l. fructus. ff. de reg. jur.* Non obſtat *l.* 6. *c. de uſufr.* quia non loquitur de oppignoratione uſusfructus, ſed proprietatis, cujus pignorandæ jus nullum uſufructuarius habet. Contra autem Juriſconſultus in *d. l.* 11. §. *ult. ff. de pign.* de ſervitutibus prædiorum urbanorum definit, nempe jura prædiorum urbanorum pignori dari non poſſe. Concepta eſt hæc definitio nominatim de ſervitutibus prædiorum urbanorum: unde quidam exiſtimaverunt, eam ad jura prædiorum ruſticorum non pertinere. Sed verius eſt non magis ſervitutes prædiorum ruſticorum pignori dari poſſe, quam urbanorum; eandemque in propoſito harum atque illarum eſſe rationem. Argumenta ſunt hæc. 1. quia ſervitutes prædii, ſunt prædii qualitates. *l. quid aliud* 86. *ff. de verb. ſign.* prædio cui conſtitutæ ut ſubjecto ſuo ſic inhærentes, ut ab eo divelli nequeant, & in aliud transferri ſine conſenſu domini prædii ſervientis. ac proinde non niſi oppignerato ſimul prædio oppignerari poſſunt. ſicuti nec vendi poſſunt ſine prædio: quamvis prædio vendito ſimul cum prædio, cui debentur, transferuntur. *l. traditio* 20. §. 1. *ff. de acq. rer. dom. junct. l. cum eſſent.* 33. §. 1. *de ſerv. præd. ruſt. Bronch. cent.* 2. *aſſ.* 75. Prædio autem ipſo oppignerato datur creditori petitio ſervitutis prædio jam ante impoſitæ, non quidem directa, ſed utilis; ſicuti & ipſius fundi ei utilis petitio datur. *l. ei qui* 16. *ff. de pign.* 2. Quia hæc oppignoratio ſervitutis eſſet inutilis creditori, propterea quod neque ipſi creditori deberi hujuſmodi ſervitus poteſt, cum non ſit ſervitus perſonæ; neque prædio creditoris; quoniam quæ ſervitus meo prædio debetur, non poteſt transferri in aliud prædium, niſi conſentiente domino fundi ſervientis, & tunc nova eſſet ſervitus. Imo tantum abeſt, ut poſſim ſervitutem meo prædio conſtitutam in alterius prædium transferre, ut ne quidem transferre poſſim in aliam mei ipſius prædii partem *l. ex meo* 24. *ff. de ſerv. præd. ruſt.* Et hæc quidem ita procedunt in ſervitute prædio conſtituta ſive formali, ea non poteſt alteri oppignerari: Cæterum, poſſum prædio meo ruſtico ſervitutem imponere jure pignoris, id eſt, paciſci, ut fundus meus creditoris mei fundo ſerviat, donec pecuniam debitam ei ſolvero. *l ſed an via* 12 *ff. de pign.* qui textus uti de ruſticorum tantum prædiorum ſervitutibus loquitur, ita & de ſolis ruſticorum prædiorum ſervitutibus intelligendus eſt, non etiam de ſervitutibus urbanis, quia in his diverſa ratio eſt, nempe quod ſervitutes urbanæ non niſi uni & ei, cui ab initio conſtitutæ ſunt utiles eſſe poſſunt: ſervitutes ruſticæ etiam tertio alicui: quod paulo poſt plenius explicabitur. Valet autem hæc conventio non ipſo jure (nam ſervitus prædii ad tempus conſtitui non poteſt *l.* 4. *ff. de ſervit.*) ſed prætor eam tuetur ob utilitatem contrahentium. *d. l.* 12. *in fin. ff. de pign.* quemadmodum & alias multa tuitione prætoris defenduntur, quæ ipſo jure non valeant. *d. l.* 4. *ff. de ſervitut. l.* 2. *ff. comm. præd. l. ſi unus.* 27. §. 2. *ff. de pact. l. obligationum.* 44. §. 1. *ff. de oblig.*

de oblig. cum ſimilibus. Ex cauſa autem venditionis ſic ab initio quævis ſervitus tam urbana, quam ruſtica conſtitui poteſt ipſo jure. *l pen. §. 1. ff. de contr. empt. l.* 3. §. 2. *ff. de act. empt. l.* 6. §. 5. *ff. eodem.* quibus locis abutitur Cujacius 15 *obſ.* 6. ad oſtendendum etiam formales ſervitutes vendi poſſe ſine prædio, cum in iis tantum agatur de cauſalibus, ut Doctores noſtri loqui amant, id eſt, de conſtituendis, non de conſtitutis. Sed nec illud verum eſt, quod Cujacius pro vero ponit, ſervitutes conſtitutas poſſe precario dari, per *l.* 3. *ff. de prec.* nam illic non agitur de ſervitute conſtituta data precario à domino prædii dominantis, ſed precario rogata à domino prædii ſervientis: & hic non tam jus aliquod reale conſtitui videtur, quam perſonale, multo minus idem colligi poteſt ex *l.* 8. §. 5. *ff. eod.* quippe quæ non de ſervitute precario rogata loquitur, ſed de ſervitute rei precario acceptæ debita.

Igitur, ut cœpimus dicere, ſervitutes formales, id eſt; jam conſtitutæ, ſive ſint ruſticæ, ſive urbanæ pignori dari non poſſunt: quia ſine injuria domini prædii ſervientis efficere non poſſum, ut ſervitus, quæ meo prædio debetur, debeatur etiam prædio mei creditoris. *fac. arg. in l. ſervitutes* 20. §. *ſtillicidium.* 5. *ff. de ſerv. præd. urb. l. ex meo.* 24 *de ſerv præd. ruſt. l. non debet.* 74. *de reg. jur.* At poteſt ſervitus prædii ruſtici, puta via, iter, actus, aquæ ductus, pignoris cauſa ab initio conſtitui, hac lege nominatim adjecta, ut pecunia ad diem non ſoluta, liceat creditori eam alii vicino vendere. *d. l.* 12. *ff. de pign.* quia hic nulla ſit injuria domino fundi ſervientis, qui ipſe ſibi hanc legem dixit In ſervitutibus autem urbanis, licet eadem lege conſtituantur, idem receptum non eſt. *d. l* 11. *in fin. ff. eod. junct. d. l.* 12. Ratio differentiæ eſt, quia unum & idem prædium ruſticum eandem ſervitutem per eundem locum pluribus prædiis præſtare poteſt. *l. qui per* 15. *ff. comm. præd. l.* 2. §. 1. *ff de ſerv. præd. ruſt.* At unum & idem prædium urbanum uni tantum & ei, cui ſervitus ab initio conſtituta eſt. Jam vero non ſatis eſt ad hoc ut pignus ſervitutis ſit utile, creditorem habere prædium vicinum, ad cujus utilitatem pertineat ita conſtituta ſervitus: ſed etiam neceſſe eſt, ut hujuſmodi pignus poſſit diſtrahi, & reperire emptorem. Et ideo Paulus in *d. l.* 12. in hac conventione pignoris non tantum exigit, ut creditor vicinum fundum habeat; verum etiam, ut illud in conventione adjiciatur ut ſi pecunia ad diem conſtitutum ſoluta non fuerit, liceat creditori ſervitutem ita ſibi pignoris jure conſtitutam, alteri, vicinum item prædium habenti vendere. quippe ſine quo pignus eſſet inutile. *l.* 4. *ff. de pign. act. l. mulier.* 11. *C. de diſtr. pign.* Atqui Creditori habenti ædes vicinas, cui verbi cauſa conceſſum eſt jus tigni immittendi aut ſtillicidii, &c. non eſt alius vicinus, cui ea ſervitus uſui eſſe poſſit. Nam quod ex ædibus ſuis tignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alii vicino ex ſuis ædibus in eandem partem immittendi ullus eſt uſus utilitaſve: ac conſequenter id certe alter vicinus nunquam empturus eſt; & alius non vicinus emerit etiam fruſtra. Fingamus Titium, cum ædes depreſſas, interjectas inter ædes Gaii & Sempronii haberet, pignoris cauſa conſtituiſſe ſervitutem altius non tollendi Sempronio, poteritne hæc ſervitus etiam utilis eſſe Gajo, qui eam propterea empturus ſit? Nego Gajum empturum. quia & ſine emptione idem conſecuturus eſt. Urbanæ ergo ſervitutis pignus inutile eſt. At vero jus prædii ruſtici alii vicino diſtrahi poteſt, & is forſan magno id redempturus eſt, cum poſſit uno itinere pluribus patere aditus ad fundos ſuos. *Molin. extric. labyr. de div. & ind. p.* 3. *n.* 311. uſque ad *n.* 360. *Ant. Fab.* 19. *conject.* 6. & 7. *Salmaſ. de mod. uſur. pag.* 547. *Chriſtin. vol.* 2. *deciſ.* 177. *n.* 12. *Adde Cujacium* 15. *obſ.* 6. *Duar.* 2. *diſp.* 3. qui nec in totum nobiſcum ſentiunt, nec in totum a nobis diſſentiunt; nec ipſi inter ſe conveniunt.

CAP. XXXIII.

An is, in cujus ædibus incendium ortum eſt, teneatur lege Aquilia ad reſarciendum damnum vicinis inde allatum, & an inquilinus ex locato locatori?

HÆc quæſtio ut expediatur, ſciendum eſt, incendia aliquando ad caſus fortuitos referri, interdum non referri. Quod incendium in alienis ædibus obortum occupat vicinas, quod à fulmine excitatur, aut à graſſatoribus & incendiariis immittitur, id inter caſus fortuitos numerari debet: ac proinde

inde hoc ab inhabitantibus præſtandum non eſt, neque actione locati, in qua culpa tantum levis. l. 5. §. 2. ff commod neque actione legis aquiliæ, in qua quidem etiam culpa leviſſima venit. l. 44. ff. ad leg. Aquil. & omiſſio quoque ac negligentia (quanquam non ſimplex l. 13. §. 2. ff. de uſufructu. ſed quæ admiſſa in facto præcedente aut concurrente, unde damni cauſa, l. ſi ſervus 27. §. ſi fornicarius. 9. l. quemadmodum. 29 §. 5. & l. ſeq. §. 3. ff. ad leg. Aquil. §. præterea 6. Inſt. eod. & ibid. Diod. Thuld. c. 7.) caſus autem fortuiti non veniunt. §. 3. Inſt. d. tit quippe qui nec ullo in judicio & à nemine præſtantur. l. ſi ex legati 23. ff de verb. oblig. l. 6. c. de pign. act. l. contractus. de reg. jur. & ita cape locos in l. ſi quis 9. §. 3. l. ex conducto. 15. §. 3 ff. locat. d. l. 23. in fin. ff. de reg. jur. §. 3. Inſtit. de empt. & vend. & ſimil. Incendia autem intrinſecus orta cum culpa conjuncta eſſe ſolent, & ideo inter caſus fortuitos non numerantur, ſed ex orta eſſe præſumuntur culpa inhabitantium l. 3. §. 1 ff. de offic. præf. vig. l. 11. ff. de per. & commod. rei vend. Quando autem culpa ſeu negligentia præcedit caſum, ſola culpa ſpectatur, non caſus. l. qui occidit 30. § 3. ff. ad leg. Aq. l. cum duobus 52. §. 3. ff. pro ſoc. l 1. §. 4. in fin ff. de oblig. & act. quamvis quod negligentia fit, etiam caſu fieri interdum dicatur, & caſus ponatur pro negligentia. l. 9. ff. de incend. ruin. naufr. l. 3. §. ult. l. 11. §. 2. ff. de pœn. quod notandum eſt.

Igitur cum incendia in ædibus alicujus oborta præſumantur culpa & negligentia inhabitantium excitata eſſe, hinc efficitur, ut niſi contrarium probent, de damno inde illato lege Aquilia teneantur. Hæc enim vis eſt præſumptionis juris, ut ſecundum hanc judicetur, niſi eam labefactaverit adducta rite in contrarium probatio. Rejicitur quippe hic onus probandi in adverſarium, contra quem eſt præſumptio, ut niſi contrarium doceat, contra ipſum judicetur. l. 9. l. 12. §. ſi chirographum. 24. & l. ſeq. ff. de probat. l. 16. C. eod. c. requiſiviſti. 5. ext. de teſtam. Itaque ego hactenus adduci non potui, ut verum eſſe credam, quod D. Andreas Gail. lib. 2. obſerv. 21. num. 4. & ibi allegati pro vero ponunt, neceſſe eſſe ad hoc, ut inhabitantes de incendio teneantur, probari culpam certi & determinati hominis: alioqui neminem damnari poſſe, propter rei incertitudinem. Nam cum hæc præſumptio ſit adverſus omnes & ſingulos inhabitantes, ſi hujus præſumptionis vim ullam eſſe volumus, utique niſi de omnium quoque & ſingulorum innocentia doceatur, ſcilicet ignem innoxium ab iis habitum fuiſſe, aut extrinſecus immiſſum, ſententia certa ferri, & aut paterfam. nomine damni dati condem[illegible]ri poterit, niſi ſpeciatim de ſua diligentia doceat. l. 11. ff. de per. & comm. rei vend. aut ſi plures [illegible]nt inquilini, æque principales pro indiviſo omnes arg. l. ita vulneratus. 51. §. 1. ff. ad leg. Aquil. Nec ulla lege aut ratione ſatis firma contrarium probari video. Nam quod de arguendo certi hominis facto dicitur in l. 6. §. ult. ff. naut. caup. ſtabul id quidem verum eſt in caſu damni dati in caupona publica, ubi præter eos, qui habitandi cauſa ibi ſunt, aut quorum opera caupo utitur, ſunt etiam repentini hoſpites & viatores, quorum culpam non præſtat, etiamſi ſe innoxium eſſe non probaverit. d. l. 6. §. pen. ſicut ex contrario eorum, quorum opera cauponam exercet, factum præſtare debet, & in duplum eo nomine tenetur. l ult. §. 1. d. tit. etiamſi ipſe extra culpam ſit, tantum ideo, quia culpæ aliquatenus reus eſt, quod opera malorum hominum præſertim tali in loco utitur, §. ult. Inſt de oblig. quæ quaſi ex del. quippe cum etiam publica hic ſpectetur utilitas, dum ſecuritati proſpicitur iter facientium Sed profecto neutrum horum ad caſum noſtrum pertinet, ubi paterfam. omnium ſuorum factum præſtat, extra quam ſi doceat, ſe in cuſtodiendo igne, eam adhibuiſſe diligentiam, quam debent homines frugi & diligentes præſtare. per textum expreſſum in d l. 11 ff. de per. & commodo rei vend. Quam diligentiam ſi adhibuerit, utcunque certæ perſonæ negligentia incendium ortum eſſe demonſtretur, quam circumeundo & inſpiciendo, an ignis recte haberetur, præcavere non potuit, ad ſarciendum damnum non tenetur. d. l. 11 de peric. & comm. rei vend. Nam ſi is, cujus culpa arguitur, ſervus eſt, liberatur dominus noxæ deditione; ſi liber, ipſe tenetur: quia certis tantum caſibus ſimpliciter & præciſe culpam ſuorum paterfamilias præſtat, veluti ſi negligentia e us oſtendatur in aſciſcendo perdito aut diſſoluto. l. ſi ſervus 27. §. ſi fornicarius. 9 ff. ad leg. Aquil. aut ſi famuli, quorum miniſterio navem, cauponam, ſtabulum exercet, in ipſa navi, caupona, ſtabulo damnum dederint. l. ult pr. ff naut. caup. ſtab. vel eo in actu deliquerint, cui ſpecialiter præpoſiti. l. 1 §. ult ff. de publican. & vectigal. vel ex cœnaculo ejus quid dejecerint, &c l. pen. §. 2. ff. de his qui effud. quanquam hic, ſi ſervus id fecit, noxæ deditione dominus defungitur. l. 1. l. 5. §. 6. d. tit. Extra hujuſmodi caſus culpa familiæ dominum non onerat, ſi de ſua diligentia docere poterit. d. l. 11. ff. de peric. & commodo rei vend. Ubi, ut hoc

obiter

obiter moneam, quamvis D. Hotomannus *l.* 5. *obſ. c.* 10. pro eo, quod vulgo & in ipſo quoque codice Piſano legitur, *cum incendium ſine culpa fieri non poſſit*, legendum putet dempta negatione, *ſine culpa fieri poſſit*, nihil demi neceſſe eſt. Movetur Hotomannus, ut negationem expungat, duplici ratione. 1. quia & caſu fortuito incendium accidere poteſt. 2. quia alias ſibi contradiceret Juriſconſultus, qui mox ſubjicit, poſſe incendium fieri ſine culpa patrisfam. Utraque ratio indigna tanto viro, id eſt, neutra alicujus momenti: non prior, quia quæritur illic de incendio in ipſis ædibus exorto, non de igne cœlitus immiſſo aut ab incendiariis excitato: non poſterior, quia primo ibi de inhabitantibus & generaliter de omnibus in domo verſantibus agitur; deinde ſpecialiter de ſolo patrefam. Nulla autem contradictio eſt, ſed utrumque verum, ſi dicam incendia, quæ in ædibus alicujus exoriuntur, non poſſe fieri ſine culpa, & tamen poſſe fieri ſine culpa patrisfam. quod & Cujacius *lib.* 17. *obſ.* 29. obſervavit.

Hinc jam dependet quoque deciſio quæſtionis, an inquilinus de incendio teneatur locatori ædium actione locati; de incendio, inquam, orto in ædibus conductis. Nam ſi venditor inſulæ ante traditionem combuſtæ nomine damni facti tenetur ex empto, niſi de diligentia ſua probaverit. *l.* 1. *ff. de peric. & comm. rei vend.* tenebitur utique & ædium conductor ſive inquilinus ex locato, ſi ædes conductæ incendio conſumptæ fuerint, niſi & ipſe inculpabilem ſe eſſe demonſtraverit; quippe cum ratione culpæ eadem ſit utriuſque præſtatio. *l.* 5. §. 2. *ff commod. l.* 23. *ff. de reg. jur.* Atqui, ajunt plerique, etſi incendia præſumuntur fieri culpa inhabitantium, tamen iſta leviſſimæ tantum culpæ præſumptio eſt, quam conductor ex natura contractus non præſtat, *d. l.* 5 §. 2. *commod.* Reſpondeo, nec venditor præſtat, & tamen niſi diligentiam ſuam probet, tenetur. Sed neque Juriſconſultus in *l.* 3. §. 1. *ff. de off. præf. vig.* ait incendia præſumi fieri tantum culpa leviſſima inhabitantium, ſed culpa ſimpliciter & abſolute: quoties autem verbum culpæ abſolute ponitur, in uſu juris noſtri fere non alia, quam levis culpa ſignificatur. *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 11. *ff. de neg. geſt. l.* 5. §. 2. *ff. de in lit. jur. l.* 1. §. *ſæpe.* 35. *ff. depoſ. l. ſocius ſocio.* 72. *ff. pro ſoc. l. in rebus.* 17. *ff. de jure dot.* & aliis innumeris locis. Leviſſima autem culpa paſſim per oppoſitum indicatur, verbo diligentiæ, aut cuſtodiæ, quo ſumma & exactiſſima ſignificatur. *d. l* 5. §. 2. *ff. commod. d. l.* 23. *de reg. jur l. cum res.* 47. §. *pen. de legat.* 1. & uno tantum loco verbum *leviſſima* expreſſum reperitur, nempe *l.* 44. *ff. ad leg. Aquil.* Quinimo juris noſtri auctores non plures in incendio videntur gradus facere, quam doli & negligentiæ. *l.* 9. *ff. de incend. ruin. naufrag. l. capitalium.* 28. §. *incendiarii.* 12. *ff. de pœn.* Denique nec Gloſſa in §. *præterea. Inſt. de obl. quæ re contr.* id dicit, quod ex ea communiter interpretes colligunt, levem culpam in caſu noſtro non præſumi, ſed leviſſimam duntaxat, cujus nomine agi non poſſit: verum leviſſimam culpam non nocere inculpabilibus, id eſt, qui omni culpa carent. Quod ſi aliud ſenſerit Gloſſa, ſine auctoritate & ratione locuta eſt. ita *Fachin. lib.* 1. *contr. c.* 87. *Moller. lib.* 4. *ſemeſtr. c.* 31. ubi ita judicatum refert in conſilio regio Neapolitano ex Thom. Grammat. *deciſ. Neap.* 3. & receptum in ſcabinatu Lipſenſi. vide & *Joan. à Sande lib.* 3 *tit.* 6. *defin.* 9. Diſſentiunt *comm. DD. Mynſing.* 6. *obſ.* 88. *Gail.* 2. *obſ.* 21. *Thulden. comm. ad Inſtit. de leg. Aquil. c.* 8. *Matth. de Afflict. deciſ.* 57. Non omnes tamen, qui ab his allegantur, idem cum iis ſentiunt.

CAP. XXXIV.

An actiones finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo 30. *annorum præſcriptione tollantur? & an longi temporis præſcriptio* 10. *vel* 20. *annorum hic procedat bonæ fidei poſſeſſori?*

JUdicia finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, paſſim in jure noſtro dicuntur duplicia, propterea quod par utriuſque litigatoris in his conditio eſt, nec quiſquam præcipue reus vel actor intelligitur, ſed unuſquiſque tam rei quam actoris partes ſuſtinet.

net. *l. in tribus.* 13. *ff. de judic. l.* 2. §. 1. *ff. comm. div. l. inter coheredes.* 44. §. *qui familiæ.* 4. *ff. famil. erciſc. l. judicium.* 10. *ff. fin. regund.* eodemque ſenſu alibi dicuntur mixta. *l. actionis.* 37. §. 1. *ff. de oblig. & act.* Longe vero alio ſenſu hæ actiones mixtæ dicuntur, ſive mixtam cauſam obtinere à Juſtiniano, §. *quædam actiones.* 20. *Inſt. de action.* nempe quod partim in rem eſſe videntur, partim in perſonam: aut utique ita in perſonam, ut tamen fine & effectu nonnihil commune habeant cum actionibus in rem *l.* 1. *ff. fin. regund. junct. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* Judicium familiæ erciſcundæ redditur inter coheredes de dividenda hereditate: communi dividundo inter eos, inter quos res aliquæ communes ſunt extra cauſam hæreditatis. *l.* 1. *ff. fam. erciſc. l.* 1. *l.* 2. *ff. comm. div.* Finis utriuſque judicii, 1. ut recedatur à communione, & ſuam quiſque partem pro diviſo conſequatur; in quo ſimilitudo actionis in rem: 2. ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare oportet lucri, damni, impenſarum nomine, quæ ſunt præſtationes perſonales. *l. item Labeo,* 22. §. *pen. famil. erciſc. d. l.* 2. §. 1. *comm. div. l. quibus caſibus.* 34. *ff. pro ſoc.* Finium regundorum agitur inter eos, qui confines agros habent, ut fines ad ſuam normam redigantur, confinique reſtituatur, quod quis ultra iſtos fines habet. *l.* 4. *pr. l.* 8. *pr.* & §. 1. *ff. fin. reg.* quo poſteriore aſpectu & hæc actio pro rei vindicatione eſt *l.* 1. *eod. tit.* Quid vero judicem in unoquoque horum judiciorum ſequi oporteat docet nos Juſtinianus in §. *ſi familiæ* 4. & 2. *ſeqq. Inſt. de Offic. judic.*

Eſt porro hoc omnibus mixtis actionibus commune cum puris perſonalibus, ut triginta annorum præſcriptione tollantur. *l.* 7. *C. de pet. hered l.* 3. *C. de praſcr.* 30. *annor. l. ult. C. fin. reg. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* ubi Juſtinianus inter actiones perſonales, quas omnes jubet triginta annorum ſpatio finiri, nominatim etiam recenſet haſce tres familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum; quanquam hæ pure perſonales non ſunt, ſed aliquid de natura actionum in rem participant unde iis nomen mixtatum Procedit autem hæc 30. annorum præſcriptio, quando unus tantum ex confinibus, aut coheredibus conſortibuſve poſſidet: tunc enim alter, qui non poſſidet, poſt 30. annorum curriculum has actiones movere non poteſt, & ita capienda loca modo adducta. Quod ſi duo communes fines, communemve hereditatem, aut rem ſingularem communem poſſideant, etiamſi per 30. annos in hac communione manſerint, poteſt alter adhuc eorum, qui diutius in communione permanere non vult, ad diviſionem provocare, atque eo nomine ſupra ſcriptis actionibus experiri. Ratio eſt, quia ne pacto quidem effici poteſt, ut nunquam liceat à communione recedere. *l. in hoc judicium.* 14. §. 2. *ff. comm. div. l. ult. C. eod. l. nulla.* 70. *ff. pro ſoc.* Quod autem nulla conventione effici poteſt, id nec ullo temporis lapſu fieri debet. Eſt & altera ratio, nempe quod nulla hoc caſu negligentia, in qua fundantur præſcriptiones, intervenire poteſt. Nam quamdiu ſtamus in communione & ſimul poſſidemus, alter alterum pro conſorte aut confini habet & recognoſcit, eoque præſcriptio currere non poteſt: ſiquidem ſingulis pro indiviſo poſſidentibus fieri nequit, ut alter alterius partem uſucapiat, aut alterum lapſu temporis ob negligentiam excludat. Affert & aliam rationem D. Bronchorſtius *cent.* 2. *aſſert.* 14. poſt Coſtalium in *l.* 1. *ff. fam. erciſc.* quod præſcriptio actionum non ante currere incipit, quam ex quo natæ ſunt: actionem autem familiæ erciſcundæ, &c. non ante naſci, quam coheredes ad diviſionem hereditatis provocare cœperunt. Quod dicit præſcriptionem non currere niſi poſtquam actio nata eſt, verum eſt: ſed falſum & ridiculum, quod ait, tum demum naſci actionem familiæ erciſcundæ, quando coheredes à communione diſcedere volunt. Imo niſi jam ante nata eſſet ex communione inter eos conſtituta & quaſi ex contractu §. 3. & 4. *Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contr.* fruſtra eam intentarent, aut provocarent ad diviſionem. Et quæſo qualis hæc collectio eſt, diſcedere à communione volentibus datur actio familiæ erciſcundæ, *l.* 1. *ff. fam. erciſc.* ergo eodem demum tempore naſcitur? Si iſta collectio bona eſt, etiam hæc bona erit, volenti repetere depoſitum, commodatum, &c. datur actio depoſiti aut actio commodati, ergo non ante actiones iſtæ naſcuntur, quam volet repetere: & in univerſum dicendum erit, nullam actionem prius naſci, quam cum quis ea experiri volet: nemo enim niſi volens agit. *tit. C. ut nem. juv. ag. vel accuſ.*

Denique ne tunc quidem, quando unus tantum ex heredibus poſſidet, contra alios procederet præſcriptio, quamdiu ad diviſionem non provocarent: cujus tamen contrarium ipſe quoque Bronchorſt. aſſerit. Sed hoc obiter cautionis loco.

Duo ergo dicimus. 1. Quamdiu ſinguli confinium vel heredum aut ſociorum communiter poſſident, & alter alterum ut confinem, coheredem, conſortemve agnoſcit, nullam hic dari ſuperiorum actionum præſcriptionem, propter rationes ſupra memoratas. 2. Ubi unus tantum poſſidet, triginta annorum ſilentio eaſdem actiones excludi: inter quas etiam numeravimus actionem finium regundorum, per textus rotundos in *l. ult. C. fin. reg. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* Sed duo hic nobis objiciuntur loci. Primus eſt *l. pen. C. fin. reg.* ubi Imperatores ajunt, ſubmoram eſſe quinque pedum præſcriptionem in judicio finium regundorum. Unde dicendum videtur, nulla præſcriptione, quantumvis longiſſimi temporis, actionem de finibus regundis poſſe tolli. Verum longe aliud eſt, quod Imperatores ibi ſignificant & conſtituunt. Confirmant nimirum legem 12. tabularum & legem Mamiliam, quibus legibus cautum erat, ut inter confines agros ſpatium 5. pedum relinqueretur à cultura vacuum, ut illac ire ſine alterius incommodo agri colendi cauſa, & aratrum circumducere uterque dominus poſſet. Hoc ſpatium appellatur gradus in *l.* 3. *ff. de term. mot.* neque id ſpatium uſucapi aut præſcriptione acquiri per legem 12. tabularum aut legem Mamiliam potuit, teſte Cicerone *lib.* 1. *de legib.* propterea credo, quod ut res meræ cujuſdam facultatis quinque iſti pedes inter confines agros inculti relinquebantur, per *l.* 2. *ff. de via publ.* Hanc utramque legem Impp. in *d. l. pen. C. fin. reg.* confirmarunt. Quod ſi vero ultra illos quinque pedes lis moveatur de finibus terræ, tunc locus eſt judicio finium regundorum, niſi ea actio triginta annorum præſcriptione ſublata ſit, nempe ſi tamdiu vicinus fines limiteſque agri ſui quiete & ſine interpellatione judiciali poſſederit. De qua re benè & doctè diſſerentem vide Andream Alciatum *lib. de quinq. ped. præſcript.* Alter locus eſt *l.* 2. §. *cum Stichum.* 6. *verſ. ſed ſi fundus ff. pro empt.* cui geminus in *l. qui fundum* §. 1. *ff. eod.* ubi ex contrario ſtatui videtur actioni finium regundorum etiam longo tempore præſcribi 10. vel 20. annis. Sed facilis hic reſponſio eſt, nempe caſum ibi poni, quo is, qui emit & pro emptore poſſidet, nunquam fuit confinis, ſed ſtatim fundum amplioribus finibus poſſedit: quo caſu cum non de finibus regundis lis ſit, ſed de proprietate partis fundi, procedit uſucapio ſeu longi temporis præſcriptio.

Quid vero ſi aliquis bona fide juſtoque titulo per decem vel viginti annos fines communes vel fundum communem ſolus poſſederit, an non ille ſaltem partem confinis aut conſortis, qui non poſſedit, dicendus eſt uſucepiſſe aut longi temporis poſſeſſione quæſiviſſe? Reſpondeo, ne hoc quidem dici poſſe: ex iis, quæ jam dicta ſunt, ſatis intelligitur. Nam qui rem communem licet bona fide, poſſidet, ita tamen eam poſſidet, ut perſonali ſive mixta actione communi dividundo, familiæ erciſcundæ, aut finium regundorum conveniri poſſit: quas actiones non niſi triginta annorum præſcriptione tolli ſupra demonſtratum eſt. Imo nec petitioni hereditatis breviori ſpatio præſcribitur, quæ tamen in rem actio eſt, & tantum ob præſtationes perſonales, quæ non officio judicis, ſed jure actionis in eam veniunt, mixta perſonalis dicitur. *l.* 7. *C. de petit. hered.* Non obſtat, quod longo tempore dominium quæri dicitur: quia hoc non procedit in re, quæ cum alio communis eſt, propter naturam perſonalis aut mixtæ actionis: ſi quidem bona fides poſſeſſoris ſive rei conventi efficere non poteſt, quo minus tanto tempore vivat actio, quantum ex natura ſua aut lege habet, per *d. l.* 7. *C. de petit. hered.*

CAP. XXXV.

Quomodo inter fratres inſtituto familiæ erciſcundæ judicio dividenda hereditas?

INſtituto forte inter fratres familiæ erciſcundæ judicio quæritur, quomodo diviſio à judice expedienda ſit, utrum ita decernenda, ut major natu ex fratribus dividat, & minor eligat an vero ſolius judicis arbitrio facienda ſit? Priorem ſententiam amplectuntur Canoniſtæ tanquam auctoritate juris Canonici nixam: poſteriorem plerique Legiſtarum ſive interpretum juris civilis ſequuntur, ut conſentaneam legibus civilibus, quæ & nobis iiſdem legibus conſentanea eſſe ſemper viſa eſt. De poſteriore prius dicam, mox viſurus an quid ſecus jure Canonico conſtitutum ſit. Igitur poſterior illa, quæ legiſtarum

giſtarum & noſtra ſententia eſt, hanc rationem habet, quod ubi ſemel judicis officium implorari cœpit, & cauſa in judicium deducta eſt, quicquid illud eſt, quod in judicio illo continetur, cognitioni judicis permittendum & relinquendum ſit. *l. ædiles.* 25. *§. item ſciendum.* 8. *ff. de ædil edict.* Judicium autem familiæ erciſcundæ non aliam ob cauſam inſtituitur, quam ut judex res ſingulas pro ſua animi religione ſingulis heredibus adjudicet, utique ſi res ipſæ ſine incommodo dividi non poſſint. Unde in hoc judicio dicuntur fieri adjudicationes, quod notandum. Quod ſi ex hac adjudicatione oriatur inæqualitas, tum judex eum, cujus pars præponderat, viciſſim in certam ſummam pecuniæ condemnare debet ei, cujus pars minor eſt, ut æqualitas per omnia conſervetur, & tunc fieri dicuntur condemnationes. *§. 4. Inſt. de offic. jud. l. Mævius.* 52. *§. 2. l. ſi familia.* 55. *ff. fam erciſc.* Nulla hîc diviſio uni è coheredibus, nulla electio alteri permittitur. *Fac. l. 1. pr. l. 2. pr. ff. eod. §. quadam actiones* 20. *Inſt. de actionib.* Fruſtra autem hic objicitur *l. un. C. de his qui ſe defer. lib.* 10. quoniam quod ibi conſtituitur, jus eſt ſingulare, & invitamentum ad deferenda & fiſco nuncianda tacita fideicommiſſa. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, cum heres clam fidem ſuam accommodat, puta per domeſticam cautionem vel chirographum, ut hereditatem incapaci reſtituat, hoc dici fideicommiſſum tacitum, atque id heredi ablatum vindicari fiſco. *l. in tacitis.* 103. *ff. de legat. 1. l. in fraudem.* 10. *ff. de his quib. ut indign. l. 3. pr. & §. 3. ff. de jur. fiſc. l. 1. C. de delator. lib.* 10. Quo autem magis ad hujuſmodi tacita fideicommiſſa fiſco nuncianda invitarentur, placuit delatoribus etiam præmium aliquod pro delatione dari, & quidem, qui alios deferunt, certam partem eorum, quæ denunciarunt, ferre; veluti quartam aut octavam. Qui vero ſe ipſos, ſi quidem ſit heres, à quo tacitè fideicommiſſaria hereditas relicta eſt, incapaci, pro præmio tertiam partem aſſis accipere: ſi is, cui ipſi tacite relicta, profiteatur ſe capere non poſſe, dimidiam ei partem præmii vicem dari *l. edicto.* 13. *l. pen. ff. de jur. fiſc. d. l. un. C. de his qui ſe defer.* Putaverunt Principes ampliori præmio provocandos eſſe eos, qui ſe, quam qui alios deferunt; & quo difficilius quiſque ſe ipſum defert, eo majore quoque præmio invitandum eſſe: ac proinde plus etiam præmii tribuendum fideicommiſſario, quam heredi. Porro cum nec uxori rectè tacitum fideicommiſſum relinqueretur, propterea quod & ipſa ex lege Papia decimaria incapax eſſet. *l. ult. pr. ff. de his quib. ut indign. junct. l. 2 C. de infirm. pœn. cœlib.* (ubi demum lex illa ab Honorio tollitur) Conſtantinus in *d. l. un. C. de his qui ſe defer.* uxori ſemetipſam deferenti non tantum partem dimidiam relicti, verum etiam electionem & optionem partis, diviſione à fiſco facta loco præmii conceſſit. Quid vero hoc ad diviſionem à judice faciendam inter coheredes de dividenda communi hereditate judicio familiæ erciſcundæ contendentes, ubi tota res cognitioni & diviſioni judicis permittitur? Neque vero, hic ſive par ſive inæqualis diviſio facta ſit, ſorti res committenda erit, ut malè etiam plerique Legiſtarum putant, Jaſ. poſt alios in *l. 3. C. comm. de legat. Fachin. lib. 6. contr. c. 37. Bronch. miſcell. aſſert.* 52. ſed adhuc adjudicatione & in diviſione impari adjudicatione & condemnatione res tranſigenda eſt. Nunquam enim in jure noſtro ſorte res dirimi debet, ubi negotium animi judicio explicari poteſt. *l. ſacris.* 47. *ſub fin. pr. C. de SS. Eccleſ. l. 8. ff. de pact.* ubi prætor partes ſuas interponit, quia ſciri poteſt, quid in caſu illic propoſito ſit æquius, nimirum ut mitior ſententia prævaleat. Simile exemplum eſt in *§. 1. verſ. ſin autem ipſi. Inſt. de ſatiſd. tut.* ubi item prætor partes ſuas interponere jubetur, quoniam cauſa cognita diſcernere poteſt, quis ex tutoribus, adminiſtrationi magis ſit idoneus. *l. teſtamento.* 17. *§. 1. & 2. cum l. ſeq. ff. de teſtam. tut.* Quod ſi res animi judicio diſcerni aut expediri nequeat, tunc ex neceſſitate devenitur ad ſortem: veluti ſi duo coheredes ad judicium provocent, uter eorum partes actoris ſuſtinere debeat, ſorte diſcerni ſolet, quia aliter res explicari nequit. *l. ſed cum* 14. *ff. de judic.* Pari ratione ſi plures legatarii, quibus optio legata, aut unius plures heredes circa electionem diſſentiant, controverſia ſorte dirimenda eſt, quia ſcilicet nullæ hic partes prætoris. *l. 3. pr. C. Comm. de legat. §. optionis.* 23. *Inſt. de legat.* Simile exemplum in *l. generaliter.* 24. *§. quid ergo.* 17. *ff. de fideic. libert.* Atqui nihil tale occurrit in judicio familiæ erciſcundæ: quippe cum ſemper in impari adjudicatione ad æqualitatem diviſio revocari poſſit mutua ejus, cui plus adjudicatum, condemnatione. Quamobrem non obſtat *l. 5. ff. fam. erciſc.* ubi in caſu, quo omnes ex iiſdem partibus heredes ſunt, nec inter eos convenit, apud quem cautiones hereditariæ eſſe debeant, ſortiri eos oportere reſpondetur. Nullum enim iſto caſu officium judicis intercedit, ſed totum id inter ipſos coheredes citra judicium tranſigitur. per *l. 2. §. ult. l. 4. pr. ff. l. 6. C. fam. erciſc.* Eodemque fere modo reſpondendum eſt ad *l. 2. C. quand. & quib. quart. pars lib.* 10.

nam & ibi nullum officium judicis intervenit, ſed juſſu legis extra judicium partes fiunt, & ſors definit, cujus electio eſſe debeat. Erratque adeo Jaſon cum iis, quos ſequitur in *l. 3. C. comm. de legat.* contendens etiam in judicio diviſorio familiæ erciſcundæ ſorte rem expediendam eſſe, *arg. d. l. 2. C. quando & quib. quart. pars.* Plane poteſt ex conventione inter coheredes quocunque modo diviſio fieri, nempe vel per ſortem, vel ut major dividat, minor eligat. Cæterum nihil id ad quæſtionem hanc, quæ eſt de officio judicis, apud quem familiæ erciſcundæ agitur. Atque hæc quidem ex ratione juris civilis.

Canoniſtæ autem aliter ſtatuunt, videlicet majorem natu auctoritate judicis dividere debere, minorem vero eligere. Non habent tamen Canoniſtæ ullum idoneum juris Pontificii textum, quo ſententiam hanc confirment. Nam in *c. 1. de paroch. & alien. parochian.* quod unum allegant, agitur tantum de Epiſcopo ob hæreſin Donatiſtarum ante remoto, & ad Eccleſiæ unitatem poſtea reverſo, quem Pontifex vult in partem admitti prioris ſui Epiſcopatus jam alteri Epiſcopo dati, & diviſionem inter eos ita fieri, ut ille dividat, qui diutius in epiſcopatu fuit: alter autem, qui breviore tempore eum tenuit, eligat. At hæc diviſio fit ſine judicibus, quia viſum fuit non eſſe ex dignitate epiſcopos ad arbitrum mittere. Profertur quidem & exemplum Abrahami & Lothi ex *cap. Geneſ.* 13. Sed nec inter Abrahamum & Lothum diviſio in judicio facta fuit, neque illi coheredes erant: verum Abrahamus per modeſtiam Lotho fratris ſui filio, qui minor ætate erat, permiſit, ut vel in dextram vel ſiniſtram diſcederet, quo vellet, & alterum latus ſibi relinqueret. Et quamvis Auguſtinus *lib. 16. cap. 20. de civit. Dei.* relata hac hiſtoria ſubjicit, hinc fortaſſis effectam eſſe inter homines pacificam conſuetudinem, ut quando terrenorum aliquid partiendum eſt, major dividat, minor eligat: tamen inde non ſequitur hoc locum habuiſſe in judicio familiæ erciſcundæ: ſed hoc tantum inde colligere eſt, in pacifica bonorum diviſione, id eſt, extrajudiciali, hunc morem plerumque obſervatum. Atque eodem modo explicandum illud Seneca *lib. 6. declam. 1. Major frater dividat, minor eligat.* Cæterum Canoniſtarum ſententiam in Camera Imperiali receptam eſſe tradunt *Mynſing. 4. obſerv.* 37. & *Gail. 2. obſ.* 116. *n.* 12. *Schurff. cent. 1. conſ.* 71. & ſecundum eam reſpondit Æmilius Ferretus *conſil.* 1. quem laudat & ſequitur Coſtalius in *l. 1. ff. fam. erciſc.* & ſic quoque Senatum Sabaudiæ cenſuiſſe *Ant. Fab. Cod. ſuo for. deciſ.* 2. & Mechlinienſem Chriſtinæus *vol. 2. deciſ.* 180. referunt, ac conſuetudine eandem opinionem receptam eſſe teſtatur Guido Pap. *quæſt.* 280. quanquam Ranchinus & Bertrandus nolunt credi huic Guidonis teſtimonio, quia jam aliud jure deciſum eſt: at enim ubi de conſuetudine conſtat, nemo eſt, qui dubitet, quin inveteratus uſus fori pro lege habendus ſit.

CAP. XXXVI.

An ad res dividendas etiam actione pro ſocio agi poſſit, nimirum inter eos, quorum res communis eſt ex cauſa ſocietatis?

Communio rerum vel ex conventione inducitur, quæ communio proprie ſocietas dicitur, & ex contractu eſt: vel citra conventionem, veluti ſi duobus eadem res legata aut donata ſit. *l. ut ſit* 31. *ff. pro ſoc.* quæ communio quaſi ex contractu naſcitur. *§. 3. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contr. naſc.* quanquam & hi nonnunquam ſocii appellantur. In utraque autem communione locus eſt judicio communi dividundo. *l. 2 ff. comm. divid.* quo judicio hoc agi conſtat, tum ut ſua cuique parte adjudicata à communione diſcedatur; tum ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare oportet, lucri, damni, impenſarum nomine *l. 3. l. 4 §. 3. ff. eod. tit.* unde eſt, quod hæc actio miſtam cauſam obtinere dicitur tam in rem, quam in perſonam, ſicut & actio familiæ erciſcundæ & finium regundorum. *§. quædam actiones.* 20. *Inſt. de action.* At actioni pro ſocio in utraque communione locus non eſt, ſed tantum in ea, quæ eſt ex contractu, in conſortio voluntario ſeu ſocietate ſic in uſu juris proprie dicta. *ff. & C. pro ſoc.* quæ actio tota perſonalis eſt, non mixta, de quo inter omnes convenit. Illud autem quæſitum memini, an quemadmodum actione communi dividundo agitur tum ad rerum communium diviſionem,

ſive communes ſint cum ſocietate, ſive ſine ſocietate, tum ad perſonales illas, quas dixi, præſtationes; ita etiam inter eos, quorum res communis eſt ex cauſa ſocietatis agi poſſit actione pro ſocio tam ad res dividendas, quam ad perſonales invicem præſtationes. Et dubium quidem nullum eſt, quin actio pro ſocio pertineat ad præſtationes perſonales, quas ratio ſocietatis & natura contractus inducit. *l. 1. ff. comm. divid.* ſed illud quæritur, an duntaxat eo pertineat, an vero & ad rerum diviſionem? Communis ſententia eſt, ſocios ad rerum communium diviſionem non tantum communi dividundo judicio agere poſſe, ſed etiam judicio ſocietatis.

Firmamenta hujus ſententiæ hæc ſunt. 1. quia actio pro ſocio eſt rei perſecutoria: *l. ſed actione 50. ff. pro ſoc.* nemo autem dubitat, quin eo nomine veniat & res communis. 2. quia altera actio alteram tollit. *l. pro ſocio 38. §. 1. pro ſoc.* unde recte colligitur tantundem in utraque prius fuiſſe. 3. quia judicio ſocietatis ab uno adverſus alios inſtituto diſtrahitur ſocietas, quaſi tacita quadam renuntiatione. *l. actione. 65. pr. ff. eod. tit.* At hoc cum fit, etiam rerum, & vel maxime, intendi videtur aliqua diviſio. 4. quia Jurisconſultus in *l. 1. ff. comm. divid.* non ſimpliciter ait actionem pro ſocio ad perſonales invicem præſtationes pertinere, non ad communium rerum diviſionem; ſed συγκριτικῶς ſeu comparative, magis eo pertinere, quam ad rerum diviſionem. Ergo utique etiam ad rerum diviſionem pertinet, licet non principaliter, ut judicium communi dividundo, ſed per conſequentiam duntaxat, quaſi hic ſit iſtius loci ſenſus, in judicio communi dividundo venire præſtationes perſonales per conſequentiam, principaliter autem id agi eo judicio, ut res dividantur: contra autem judicium ſocietatis principaliter pertinere ad præſtationes perſonales, ad rerum diviſionem tantum per conſequentiam. Atque hiſce quatuor argumentis communem ſententiam adſtruit & ſatis probari putat Valentius Reimerus *quæſt. jurid. dec. 11. theſ. 5.*

Cæterum apud me hæc tanti non ſunt, ut in iſtam me ſententiam trahere queant. Et magis eſt, ut ad rerum diviſionem actio pro ſocio omnino non pertineat, nunquam ea actione rerum communium intendatur diviſio; ſed tantum actione communi dividundo. Etenim differunt hæ duæ actiones non modo rebus, verum etiam petitione & fine judicii In rebus hoc intereſt, quod communi dividundo actio n[illegible]t niſi de re adhuc communi. *l. 1. in fin. ff. comm. divid.* At pro ſocio actio fere non eſt niſi [illegible]bus, quæ communes non ſunt, ut in commune redigantur; *l. cum duobus. 52. §. idem Papinianus. 8. l. ſi ſocietatem* [illegible]3. *& l. ſeq. ff. pro ſoc.* aut ſi eſt de re communi, non id intenditur, ut ea res dividatur, ſed ut conferatur in medium. v. c. poteſt actione pro ſocio agi de re communi, quæ ſit apud unum ex ſociis, quia forte eam dolo malo amovit, aut celandi animo contrectavit *l. rei communis. 45. ff. eod.* non tamen agitur, ut de re communi, quo ea dividatur, ſed ut de quavis alia re, ut in medio ponatur. Petitio quoque utriuſque judicii diſſimilis. Communi dividundo actio eò principaliter pertinet, ut res communes inter conſortes dividantur atque à communione recedatur: ſequuntur deinde & præſtationes perſonales, quibus alter alteri propter communionem rerum eſt obnoxius. *l. 3. pr ff. comm. divid. §. quædam actiones. 20. Inſt. de action.* At actio pro ſocio tantum eſt de perſonalibus præſtationibus extra diviſionem poſitis, & ideo ad diviſionem non pertinet *l. 1. ff. d. tit.* quod aliis verbis declarat Ulpianus in *l. ſi actum. 43. ff. eod.* ubi ait, actionem pro ſocio nominum rationem habere, & adjudicationes non admittere. Nomina appellat, quæ quiſque perſonali actione aliis debet. *l. ſervum. 44. §. eum qui. 5. & ſeq. ff de legat. 1. l. qui chirographum. 59. eod. 3.* Itaque quod dicit actionem pro ſocio nominum rationem habere, nihil aliud eſt, quam in hanc actionem venire præſtationes perſonales earum rerum, quas ſocius ſocio debet. Quod autem dicit actionem pro ſocio non admittere adjudicationem, eo aperte ſignificat eam actionem non ſpectare ad rerum diviſionem. Nulla enim diviſio rerum, quæ judicio petatur, eſſe poteſt ſine adjudicatione aut partium à judice diſcretarum, quarum ſingulæ ſingulis adjudicentur, aut totius rei, quæ ubi res commode dividi non poteſt, uni adjudicari debet cum mutua ejuſdem condemnatione. *§. 4. & ſeq. Inſt. de offic jud.* Atque hinc eſt, quod ſublata communione actio communi dividundo ſimul tollitur. *l 1 in fin. ff. comm. divid.* neque enim poteſt peti rei communis diviſio, ubi nulla res eſt communis: nec agi de præſtationibus perſonalibus eo judicio, quod una cum rei communione ſublatum eſt. At ſublata ſocietate nihilominus adhuc agi poteſt de iis quæ durante ſocietate contracta. *l. omne æs. 27. l. nemo. 35. cum ſimil. ff. pro ſoc.* imo & communione ſublata judicio com-

muni dividundo poterit nihilominus de iiſdem præſtationibus agi actione pro ſocio, niſi & de his actum communi dividundo. *l. pro ſocio.* 38. §. 1. *ff. eodem.* Cum itaque actione pro ſocio tantum agatur de præſtationibus perſonalibus, aut ut res, quæ communes non ſunt, in commune redigantur; de rebus autem communibus tanquam communibus nunquam, ſed ad hoc ſolummodo ut in medium proferantur, non ut dividantur & quiſque ſociorum partem in his pro diviſo conſequatur, quod ſine adjudicatione, quam actio pro ſocio non admittit, obtineri nequit, ut ſuperius pleniſſimè probatum eſt, hinc efficitur & liquet perſpicuè, actionem pro ſocio ad diviſionem rerum non pertinere.

Reſtat, ut diluamus argumenta in contrarium adducta. Ad primum contrariæ opinionis argumentum facilis reſponſio eſt, nempe non ſequitur, actio pro ſocio eſt rei perſecutoria: ergo etiam perſequitur rem communem tanquam communem, ut ea dividatur: ſed hoc ſolum, ergo ea non agitur ad pœnam, ſeu quod in eam venit, res eſt, & id quod ex patrimonio nobis abeſt, *l. in honorariis.* 35. *ff. de oblig. & act.* non pœna: ut intelligamus eam ex ante geſto non heredibus tantum, ſed etiam in heredes dari. *per vulg.* Quod ſecundo ajunt, actione communi dividundo conſumi actionem pro ſocio & retro, falſum eſt, & contrarium aperte reſponſum ab Ulpiano, *l. ſi actum.* 43. *ff. pro ſoc.* nempe ſi actum ſit, communi dividundo, non tolli actionem pro ſocio. Cui non obſtat locus Pauli, quem proferunt ex *l. pro ſocio.* 38. §. 1. *ff. eod.* nam ex ipſis Pauli verbis patet, eum loqui non de rerum diviſione, de qua alterutro horum judiciorum actum ſit, ſed tantum de præſtationibus perſonalibus, de quibus ait, ſi actum ſit communi dividundo, tolli actionem pro ſocio; & contra ſi actum ſit pro ſocio, de iiſdem præſtationibus agi non poſſe communi dividundo. Hinc autem minime ſequitur, facta ſola rerum diviſione in judicio communi dividundo tolli actionem pro ſocio, quæ ad diviſionem non pertinet, ſed ad perſonales invicem præſtationes duntaxat. *d. l. ſi actum.* 43. *ff. eod.* nec ſi actum ſit pro ſocio, tolli actionem communi dividundo reſpectu præcipuæ petitionis hujus judicii ut ſcilicet res communes dividantur, & ſingulis in his ſua pars pro diviſo adjudicetur. In tertio argumento manifeſtus error eſt παρὰ τὸ ἑπόμενον. Nulla enim conſequentia eſt, actione pro ſocio diſtrahitur ſocietas, quaſi tacita renuntiatione: ergo ea actione & rerum communium intenditur diviſio. ſiquidem renuntiatio non alio directo tendit, quam ad diſſolutionem ſocietatis; qua ſoluta nihilominus res, quæ antea communes erant, communes manent, & ut dividantur, opus eſt judicio communi dividundo. In quarto & poſtremo, quod ſumitur ex verbis *l. 1. ff. comm. divid.* & cæteris videtur ſpecioſius, vitium eſt παρερμηνείας. Nam quod ibi Paulus ait, pro ſocio actionem magis ad perſonales invicem præſtationes pertinere, quam ad rerum communium diviſionem, id non συγκριτικῶς, ut vulgo, ſed θετικῶς, non comparativè, ſed electivè ab eo dici intelligendum eſt: ut hæc ſit juriſconſulti ſententia, ſi quæratur, an actio pro ſocio pertineat ad utrumque caput, an vero ad actiones perſonales tantum? magis, id eſt, potius dicendum ſit, non pertinere ad utrumque, ſed tantum ad præſtationes perſonales: qua forma loquendi nihil eſt apud noſtros uſitatius. *l.* 6. §. 3 *ff. ſi ſerv. vind. l. plenum.* 12. §. 2. *ff. de uſ. & habit. l. ſi vero* 12. §. *cum quidam.* 12. *l. inter cauſas.* 26. §. *non omnia.* 6. *ff. mandat. l.* 5. §. *is quoque.* 3. *ff. de oblig. & act. & ſimilib.* ita poſt Gloſſam Charundas & Pacius ad *d. l.* 1. *Donell. comm.* 13. *c.* 7. eademque videtur eſſe ſententia Oldendorpii *claſſ.* 4. *act.* 21. §. 6. *num.* 11. & Bachovii notantis Weſembecium *parat. ff. pro ſoc. n.* 12. Quibus omnibus adde, quod ſi dicamus actionem pro ſocio etiam pertinere ad rerum diviſionem, atque ea quoque actione partem ſuam quemque perſequi, ad inſtar ejus, qui vindicat, quam partem & diviſione rei conſequatur, actio pro ſocio non minus miſtam cauſam obtinebit, tam in rem, quam in perſonam, & mixta dicenda erit, quam actio communi dividundo, *arg. §. quadam.* 20. *Inſt. de action. l.* 1. *ff. fin. regund.* quod tamen ne contrariæ quidem ſententiæ auctores auſint affirmare.

CAP.

CAP. XXXVII.

An actio negotiorum geſtorum electivè concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciſcundæ?

QUæſtio hæc nata eſt ex locis in ſpeciem contrariis, nam in *l. filia.* 18. §. 1. *C. fam. erciſc.* Imperatores Diocletianus & Maximianus reſcribunt tanquam de re non ambigua, ſumptus in communi hereditate ab uno bona fide factos familiæ erciſcundæ judicio vel negotiorum geſtorum actione ſervari poſſe. Et in eandem ſententiam Divi Severus Antoninus, ſolutum pro coherede actione negotiorum geſtorum vel familiæ erciſcundæ poſſe repeti *l.* 3. *C. de neg. geſt.* Contra in *l.* 18. §. *ult. ff. fam. erciſc.* in eadem ſpecie datur ſola familiæ erciſcundæ. Et in *l. Mævius.* 52. §. 1. *ff. fam. erciſc.* ubi ſervus liber & heres eſſe juſſus coheredibus ſuis, quod apud eum reliquum eſt ex adminiſtratione rationum domini, non alio judicio præſtat, quam familiæ erciſcundæ. Cui loco iterum è diametro videtur obſtare *l. pen. verſ. earum autem ſummarum. ff de reb. cred.* ubi Africanus negat eo nomine competere coheredibus ſervi actionem familiæ erciſcundæ: ſed ait negotiorum geſtorum dari debere. Sic in ſimili, ut videtur, caſu Labeo actionem familiæ erciſcundæ dat, *l. fiſtulas.* 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* quo Imperatores in *l. in familia.* 20. *C. famil. erciſc.* actionem negotiorum geſtorum dari debere, non familiæ erciſcundæ reſpondent. Ne quis autem putet nihil aut parum intereſſe, qua actione conſors contra conſortem experiatur, negotiorumne geſtorum, an familiæ erciſcundæ, communive dividundo, is ſcire debet non eſſe eaſdem horum judiciorum præſtationes. Nam judicio communi dividundo & familiæ erciſcundæ conſors conſorti heresve coheredi non obligatur ad præſtandam exactiſſimam diligentiam, ut etiam nomine leviſſimæ culpæ alter alteri teneatur, quemadmodum negotiorum geſtorum judicio tenetur geſtor domino negotiorum. §. 1. *in fin. Inſt. de obl. quæ quaſ. ex cont.* ſed levis duntaxat culpæ nomine, ut talem diligentiam præſtet, qualem in ſuis rebus. *l. heredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *ff. famil. erciſc.* Quomodo ergo loca ſuperiora ἐναντιοφανῆ conciliabimus? Adhibita nimirum diſtinctione, ut ſiquidem heres vel ſocius in re communi negotium individuum geſſit, locus ſit actioni familiæ erciſcundæ aut communi dividundo; ſi dividuum, actioni negotiorum geſtorum. Individuum autem negotium intelligimus, quod coheres aut ſocius, non poteſt pro ſua tantum parte gerere. Dividuum contra quod pro ſua quiſque parte gerere poteſt. Hanc diſtinctionem & conciliationem nobis ſuppeditant *l.* 6. §. 2. *verſ cæterum. ff. comm. divid. l. heredes* 25. §. *ſi unus.* 15. *& ſeq. fam erciſc. l. ſi communes.* 4. *ff. de neg. geſt. l. fiſtulas* 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* Igitur ubi unus è coheredibus rem communem vendidit & pretium percepit, cum eo non eſt coheredi actio familiæ erciſcundæ, ſed aut mandati, ſi mandatum præceſſit, aut negotiorum geſtorum, ſi coheres ratam habuerit venditionem, quia ſuam ſolius partem vendere potuit. *l. in familia* 20. *C. fam. erciſc.* Similiter, ſi pro communibus ædibus damni infecti vicino in ſolidum cavero, negotiorum geſtorum actione, non communi dividundo judicio, quod præſtiti, petere debeo: quia potui partem meam defendere ſine parte ſocii. *d. l. ſi communes.* 4. *ff. de neg. geſt.* Ex contrario, ſi unus ex coheredibus noxali judicio ſervum hereditarium defenderit, & litis æſtimationem obtulerit, cum hoc expediret; aut ſi unus legatorum nomine caverit, ne in poſſeſſionem mitteretur, quia hæc pro parte expediri non poſſunt, judicio familiæ erciſcundæ eſt locus, non negotiorum geſtorum. *l. heredes.* 25. §. *ſi unus.* 15 *ff. fam. erciſc.* Pari ratione, ſi unus è coheredibus debitum hereditarium ſolverit, ne pignus veniret, familiæ erciſcundæ judicio experietur, quia pignoris obligatio eſt individua *l. his conſequenter.* 18. §. *ult. & d. l.* 25. §. *idem obſervatur* 14. *eod.* Eandem ob cauſam & in ſpecie *l. fiſtulas.* 78. §. 2. *ff. de contr empt.* non negotiorum, ſed familiæ erciſcundæ agitur, ut in fine §. indicat ipſe juriſconſultus. Nulla vero pugna eſt inter *d. l. Mævius.* 52. §. 1. *ff. fam. erciſc. & d. l. pen. earum autem ſummarum. ff. de reb cred* quatum in illa etiam nomine negotii dividui à ſervo coherede geſti datur coheredibus ejus actio familiæ erciſcundæ: in hac eodem nomine ſola negotiorum geſtorum. Nam in illa caſus proponitur, quo pecuniæ ex adminiſtratione geſta vivo domino, reliquæ erant in hereditate mortis tempore, & proinde non alio judicio, quam familiæ erciſcundæ earum ſum-

marum

marum nomine ſervus apud quem reliquæ ſunt, cohæredibus tenetur. At in hac ſpecies proponitur contraria, quando ſcilicet ſervus pecunias à debitoribus Calendarii exegit demum poſt domini mortem, quo caſu cum potuerit ſuam ſolius partem exigere, & ita rem pro parte expedire, ſola negotiorum geſtorum actio adverſus eum nomine exactarum ſummarum coheredibus competit. ita recte Coſtalius & Cujacius poſt Gloſſam in *d. l. pen. Bronch. cent.* 2. *aſſert.* 13. Quod ſi ratio hujus diſtinctionis quæratur, ea non eſt uſque adeo obſcura. Nam cum coheres vel conſors negotium individuum geſſit, creditur id feciſſe, tanquam coheres aut conſors potius, quam alius quilibet, propterea quod id geſſit, ſine quo partem ſuam recte adminiſtrare non potuit & ideo hic locus eſt actioni familiæ erciſcundæ aut communi dividundo. Quod ſi non propter partem ſuam cauſam gerendi habuit ſed cum eam per ſe recte adminiſtrare poſſet, nihil minus totam rem communem adminiſtravit, hoc caſu partem coheredis aut ſocii ſui adminiſtraſſe intelligitur tanquam amicus & negotiorum geſtor, ratione nimirum contraria: itaque hic actio negotiorum geſtorum duntaxat competit. *l. heredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *ff. fam. erciſc. l.* 6. §. 2. *ff comm. divid.*

Poteramus jam hinc diſcedere, niſi negotium nobis faceſſerent *l. filia.* 18. §. 1. *C. fam. erciſc. & l.* 3. *de neg. geſt.* initio hujus capitis à nobis allegatæ: & denique *l. liberto* 31. §. *ult. ff. eod. tit.* in quam dum hæc ſcribo, forte incidi. *in d. l. filia* §. 1. Imperatores ſimpliciter ſcribunt, non eſſe ambiguum, quin ſumptus ab uno bona fide facti in communi hereditate ſervari poſſint, vel familiæ erciſcundæ judicio, vel actione negotiorum geſtorum: quibus verbis videntur ei, qui ſumptus fecit, poteſtatem concedere eligendi, qua actione experiri malit, ſine ulla diſtinctione negotii quod geſtum eſt, utrum eos ſumptus pro parte ſua tantum facere potuerit, nec ne. Reſpondemus, quod illic ab Imperatoribus omiſſum eſt, ſumendum eſſe ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in caſu ſuo habili: nempe ut ſumptus [illegible] poſſint judicio familiæ erciſcundæ in negotio individuo veluti ſi ædes communes fulſit, &c. actionem autem negotiorum geſtorum in negotio dividuo, veluti ſi æs alienum hereditarium ſolvit, aut ædium communium nomine damni infecti cavit. *l.* 3. *C. de neg. geſt. l. ſi communes* 40. *ff. de neg. geſt.* Evertere autem totam hanc diſtinctionem videtur locus in *d. l* 3. *C. de neg. geſt.* in cujus loci caſu ſecundo datur coheredi, qui pignus liberavit vel familiæ erciſcundæ actio, vel negotiorum geſtorum. Atqui pignus pro parte liberari non poteſt. *l.* 1. *l.* 2. *C. ſi un. ex plur. her. cred.* ac proinde, ſi vera eſt diſtinctio ſupra poſita, dicendum erat hoc caſu non actionem negotiorum geſtorum, ſed ſolam [illegible] erciſcundæ, competere, ſicut ab Ulpiano in tali ſpecie reſponſum eſt *l. his conſequenter.* 18. § *ult. l. heredes* 25. §. *idem obſervatur.* 14 *ff. de hered. petit* Cæterum non eſt quod hac objectione moveamur. Duplex in *d leg.* 3. *C. de neg. geſt.* proponitur caſus: unus ubi totam pecuniæ ſummam coheres ſolvit, pro qua nullum pignus datum erat; quo caſu ſola datur actio negotiorum geſtorum: quia negotium dividuum eſt, ubi pecunia ſine pignore debetur. *l.* 2. §. 1. *ff. de verb. oblig.* Alter, qui mox ſequitur, eſt, cum pro communi debito hæreditario pignus datum eſt. Quia autem pignoris obligatio eſt individua, non poteſt unus è coheredibus ne quidem ex parte illud liberare pro ſua tantum parte ſolvendo. *l.* 1. *l.* 2. *C. ſi un. ex plur. hered. cred.* Porro in hoc poſteriore caſu diſtinguendum eſt, utrum hæreditas jam ante diviſa ſit judicio familiæ erciſcundæ, & nihil commune remanſerit, nec ne. Priore caſu ex neceſſitate datur actio negotiorum geſtorum; quoniam neque familiæ erciſcundæ judicium iterum inentari poteſt. *l. ſi filia* 20. § *familiæ* 4 *ff. famil. erciſc.* neque locus eſſe poteſt judicio communi dividundo, ubi nihil remanſit indiviſum *l.* 1. *ff. comm. divid.* Poſteriore caſu ubi hereditas nondum diviſa eſt, ſola competit actio familiæ erciſcundæ: quam diſtinctionem locus ipſe ſuggerit. Nam prior caſus eſt in verſ. *ſive pignoris liberandi.* uſque ad illum *vel judicio.* argumento à contrario verborum ſequentium ſenſu. Poſterior continetur his verbis, *vel judicio familiæ erciſcundæ, ſi non eſt inter vos redditum.* locus ultimus, qui huic noſtræ & communi diſtinctioni objicitur, eſt *l. liberto.* 31. §. *ult. ff. de neg. geſt.* ubi ei, qui in defenſione communis aquæ, id eſt, ſervitutis aquæ, ſive ducendæ ſive hauriendæ, ſumptus fecit, non communi dividundo, ſed negotiorum geſtorum actio datur: cum tamen ſervitutes prædiorum ſint individuæ. *l.* 72. *ff. de verb. obl.* & ideo ſecundum diſtinctionem ſupra poſitam non negotiorum geſtorum, ſed communi dividundo actio dari deberet. Ant. Faber ad hunc locum in *rational.* reſpondet potuiſſe ſocium partem ſuam communis aquæ ita defendere, ut tamen ſocii ſui partem defendere non cogeretur: etſi enim ſervitus per partes acquiri non poteſt, tamen per

partes

partes poſſe retineri. *l. 8. §. 1. ff. de ſerv. l. ſi quis 30. §. 1. ff. de ſerv. præd. urb.* Ego dicerem nullam per ſe juris prædii communionem eſſe & ideo hic non communi dividundo, ſed negotiorum geſtorum agendum per textum expreſſum in *l. arbor. 19. §. 2. ff. comm. div.* Communem autem aquam in *d. l. liberto §. ult. de neg. geſt.* appellari, quæ prædio communi debebatur.

CAP. XXXVIII.

An in judicio familiæ erſciſcundæ abſolutio & condemnatio facienda in perſonis omnium.

SI in libello pluresres ſeu plura capita comprehenſa ſint, vix dubium eſt, quin ſententia ſuper aliquo aut aliquibus eorum lata valeat, niſi capita connexa ſint, ita ut ſeparari nequeant *l. etiam 29 §. 1. ff. de minor. ubi Gloſſ. Bart. & alii l. pen. C. de tranſact.* quot enim ſpecies ſunt ſeu litis capita, tot ſunt ſententiæ, id eſt, tot ſententiæ ſeparatim ferri poſſunt. *l. quid tamen 21. ff. de recept. arbitr. arg. l. ſcire debemus. 29. ff. de verb. obl. & ibi Alex. l. pen. C. de ſent. & inter loc. Vant. de null. ſent. ex def. proceſſ. n.* 100. Sed & ſi unum duntaxat caput libellus contineat idem adhuc dicendum eſt, ſi plures ſint in lite, & eorum quidam poſt litem conteſtatam reipub. cauſa abeſſe cœperint, neque defendantur; nempe ſententiam ferri poſſe ratione præſentium & abſentium reſpectu judicium diffindi. *l. non idcirco 45. ff. de judice & ibi Gloſſ. & DD.* niſi forte cauſa individua ſit. *l. 4. ff ſi ex nox. ca. ag. Vant. d. loc.* Quin & ſi generali judicio diviſorio actum ſit, puta familiæ erciſcundæ, & quædam ex rebus hereditariis indiviſæ relictæ, valet nihilominus ſententia, & de rebus indiviſis communi dividundo agi poteſt. *l. ſi filia. 20. §. familia. 4. ff. fam. erciſc.* At ſi unum duntaxat ſit litis caput & unus adverſarius, aut etiam plures, qui defendantur, tunc judicium ſcindi non poteſt, unde re in judicium deducta partim judicetur, partim non judicetur, ſed totam cauſam ſententia dirimi oportet *l. 19. §. 1. ff. de rer. arb.* v. c. ſi petitis 100. & probatis 50. reus in 50. condemnatus ſit, non valebit ſententia, niſi de reliquis 50. abſolutus fuerit. In appellationis autem judicio ſententia prior partim confirmari, partim infirmari poteſt *l. quædam mulier. 47. ff. fam. erciſc. l ult ff. de jur. patron. Bartol. in l. 1. C. ſi adv. rem. judic.* ex quo porro illud ſequitur, eandem ſententiam partim juſtam, eſſe poſſe partim injuſtam partim valere partim non valere ut in ſpecie *d. l. quædam mulier.* Diviſio, quam fecit judex familiæ erciſcundæ, pro parte valet pro parte non valet. Sed huic loco obſtare videtur, quod Paulus reſpondet in *l. in hoc judicio. 27. ff. eod. tit.* in judicio familiæ erciſcundæ condemnationes & abſolutiones in omnium perſonis faciendas eſſe, & ideo ſi in alicujus perſona omiſſa ſit damnatio in cæterorum quoque perſona, quod fecit judex, non valere; adjecta hac ratione, quia non poteſt ex uno judicio res judicata ex parte valere, in partem non valere. Quibus verbis hoc ſignificat, judicem non poſſe de re, quæ tota in judicium deducta eſt, pro parte judicare, pro parte judicationem omittere. Et hoc vel maximè pugnare videtur cum eo, quod ante diximus, ubi plura ſunt petitionis capita, ſententiam ſuper uno eorum latam valere, & in familiæ erciſcundæ judicio poſſe aliquid indiviſum à judice relinqui, cujus diviſio poſtea petatur judicio communi dividundo. Cæterùm nullam hic eſſe pugnam, locò illo Pauli expoſito, nempe *d. l in hoc judicio 27. ff. famil. erciſc.* patebit. Ait Juriſconſultus, *in hoc judicio condemnationes & abſolutiones in omnium perſona facienda ſunt.* quod notandum eſt. Ex eo enim intelligimus loqui Juriſconſultum de præſtationibus hujus judicii perſonalibus, quæ damni, lucri, impenſarum nomine inducuntur, non de rebus earumve diviſione. Ex utriſque conſtat judicium familiæ erciſcundæ. *l. item Labeo 22. §. 4. ff. fam. erc. junct. l. 3. ff. comm. divid.* Si de rebus locutus eſſet, ita ſcripſiſſet, *In hoc judicio adjudicationes & condemnationes, &c.* ut in *l. cum putarem. 36. ff. eod. l. 2. §. 1. ff fin. reg.* Nam ajudicationes præcedunt, condemnationes ſequuntur. *§. 4. Inſt. de offic. jud* at condemnationum & abſolutionum nullus eſt inter ſe ordo. Omiſſa igitur adjudicationum mentio ſatis indicat non de rebus, quarum adjudicatio eſt, ſed de perſonalibus invicem præſtationibus tantum Juriſconſultum loquutum eſſe. Quanquam & in rerum adjudicatione hoc obſervandum ut de re, quæ tota in judicium deducta eſt, plena ſententia feratur. poteſt quidem aliquid in rerum diviſione & adjudicatione indiviſum manere in judicio familiæ

K erciſcundæ:

erciſcundæ: quia res plures in hoc judicium appellatione familiæ deducuntur: & quod ſic omiſſum eſt, poteſt dividi poſtea judicio communi dividundo *l. filia.* 20. §. 4 *ff. fam. erciſc.* ſed de qua re ſententia fertur, de ea tota ferenda eſt, non pro parte. Et ſic quoque de præſtationibus perſonalibus quæ ſpecialiter in judicium deducuntur, judex non rectè pronuntiat, niſi plene pronuntiet, facta ſcilicet, vel condemnatione vel abſolutione in omnium perſonis, à quibus petuntur. Quippe unum judicium non poteſt ſcindi in partes, ita ut de ea re, quæ in judicium venit, partim judicetur, partim non judicetur. Non poteſt, inquam, res in judicium deducta judicari pro parte, nec res judicata valere in partem tantum de qua pronunciatum eſt, in partem autem omiſſam non valere: ſed cauſam, quæ tota in judicium deducta eſt, & totam ſententia judicis dirimi oportet. Denique plena debet eſſe ſententia Judicis. *l. qualem* 19. §. 1. *ff. de recept. arbitr.* ſemiplena ne pro parte quidem valet. Declaremus rem exemplo. Quatuor ſunt coheredes, qui inter ſe agunt judicio familiæ erciſcundæ, Primus, Secundus, Tertius & Quartus. Primò, qui impenſas in communi hereditate fecerat; Secundus & Tertius eo nomine pro ſuis partibus impenſas ſarcire damnati ſunt; Quarti damnatio omiſſa. Non valebit hæc ſententia, quia plena non eſt. Plena verò eſt, etſi non de omnibus præſtationibus perſonalibus, quæ in judicium deductæ ſunt, quaſque à ſe invicem coheredes petierunt, judicatum ſit, dummodo in omnium perſona unius ex iis nomine condemnatio vel abſolutio facta ſit: quia & de capite uno litis ſententia lata plena ſententia eſt. *l. pen. c. de ſent. & interloc.* quæ Græca Juſtiniani conſtitutio à Cujacio reſtituta eſt. *l.* 12. *c.* 2. *obſ.* & eſt communis ſententia. Jam credo, apparet, nullam quoque eſſe diſcordiam inter *d. l. quadam mulier* 41. *ff. fam erciſc.* & *d. l.* 27. *ff. eod.* nam in ſpecie *d. l. quadam mulier* judex non ſemiplenam, ſed plenam ſententiam protulit, de omnibus ſcilicet, quæ in judicium deducta erant, pronuntians nulla parte omiſſa: itaque non peccavit in regulam *d. l.* 27. quamvis de una parte bene, de altera malè judicaſſe dicatur. Nimirum aliud eſt de diverſis partibus altera bene, altera male judicare: aliud de re tota in judicium deducta non integre, ſed pro parte tantum & ſemiplene judicare, quod *d. l.* 27. *& l. ult. ff. de jur. patron.* improbatur. Nec hoc latuit D. Auguſtinum, qui breviculi cum Donatiſtis, *col.* 3. *Legibus,* inquit, *judex prohibetur ſemiplenam proferre ſententiam. Cujac. lib.* 23. *obſ.* 1. Dices fortaſſe, cur igitur appellatur à ſententia in ſpecie *d. l.* 27. lata? Reſpondeo, quia judex etiam libertos diviſerat, qui nullo jure dividi poterant, cum non ſint in patrimonio defuncti, nec in rebus hereditariis. Itaque valet quidem hæc ſententia, at per appellationem poteſt reſcindi ex ea parte, quatenus male judicatum eſt. Nullum enim dubium eſt, quin judex appellationis poſſit ſententiam ab inferiore judice prolatam pro parte confirmare, & pro parte reſcindere. Alii aliter reſpondent, ſed meo judicio minus bene: quod nunc non tango.

CAP. XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda ſit rei debitæ æſtimatio, ſi ea creverit aut decreverit?

QUæſtio hæc valde perplex eſt nullusque eſt hodie vel judex, vel patronus, vel juriſconſultus, qui non hæreat maneatque ſuſpenſus, quoties, cum condemnatio facienda in rei petitæ æſtimationem, quæritur, ad quod tempus æſtimatio referri debeat, ut ait Cujacius *tract. ad African.* 8. *in l. hominem.* 37. *ff. mandat. in fin.* Natura & obligatione mutui continetur, ut res ejusdem generis & æque bona creditori repoſcenti reddatur. *l.* 2. *pr. l.* 3. *ff. de reb. cred.* Dum autem res reddatur ejuſdem generis eademque bonitate, liberatur debitor, quantacunque ſit præſens æſtimatio, quippe æſtimatio extra rem eſt, & magis proficiſcitur ex rerum copia aut inopia, quam ex bonitate. Quod ſi res ipſa præſtari non poteſt, aut non æque bona, ut neceſſe ſit condemnationem fieri in rei æſtimationem, hic jam locus eſt quæſtioni propoſitæ, quodnam tempus in æſtimatione ineunda ſpectandum ſit: Atque hoc non in mutuo tantum, ſed etiam in ſtipulatione & contractibus bonæ fidei, emptione, venditione, commodato, depoſito, pignore, mandato, &c. quæritur. Primum dicam

dicam quid hic mihi reſpondendum videatur ex ratione juris ſcripti: deinde quid juris hodie in judiciis & foro obtinere plerique interpretes teſtentur.

Æſtimatio petitur aut jure actionis, aut officio judicis. Jure actionis, cum in obligationem deducta eſt à contrahentibus, puta cum quis eam ſtipulatus eſt, ut in ſpecie *l. fundum. 28. ff. de novat.* aut cum ab initio deberi cœpit, ut in ſpecie *l. hominem. 37. ff. mand.* Officio judicis venit æſtimatio, cum petitur res ipſa, quæ in obligationem deducta eſt, ſed ea præſtari non poteſt, aut non poteſt tam bona. Hic enim officio judicis in locum rei ſuccedit ejus æſtimatio. *l. plerumque 10. in fin. ff. de jur. dot. junct. l. ſi ſervum. 91. §. ult. de verb. oblig.* & ita cape *l. vinum. 22. ff. de reb. cred.* Cum petitur æſtimatio jure actionis, quæſtio hæc locum non habet, utrum creverit, an decreverit æſtimatio. Eam enim æſtimationem Judex adjudicat, in quam debitor initio ſe obligavit *d. l. fundum. 28. ff. de novat.* aut quæ ab initio deberi cœpit, ut in *d. l. hominem ff. mandat.* Atque hoc efficitur certa ratione juris, quoniam tale quidque debetur, quale in obligationem eſt deductum: eſtque hic æſtimatio ipſum Principale debitum, quod ex obligatione præſtandum eſt: ideoque ſicuti homine promiſſo ipſe homo petitur, ita & promiſſa æſtimatione, non niſi ipſa æſtimatio, qualis & quanta in obligationem deducta eſt petenda & præſtanda erit. At cum æſtimatio petitur officio judicis, tunc procedit hæc quæſtio, non in pecunia credita, cujus eſt perpetua æſtimatio *l. 1. ff. de contr. empt.* ſed in frumento, vino, oleo, &c. mutuo datis, quæ pecunia æſtimantur. *l. ſi ita 42. ff. de fidejuſſ.* item in cæteris rebus debitis ex quocunque contractu. Veteribus in hac quæſtione placuit hæc diſtinctio, ut ſiquidem convenerit, ut res certo die redderetur, in lite æſtimanda ſpectaretur dies adjectus inſuper habito, [illegible] contractus ſit bonæ fidei, an ſtricti juris *l. vinum 22. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de cond. trit. l. qui autem 12. §. 1. ff. ſi* [illegible] *jud. l. ſi calendis. 11. ff. de re jud. l. quotiens. 59. ff. de verb. oblig. l. 37. §. 1. ff. mand.* Diem autem adjectum hic ſpectari cum dicimus, intelligimus ab eo tempore ut termino à quo, debere judicem auctæ æſtimationis rationem habere, in ſtrictis judiciis uſque ad litem conteſtatam, in bonæ fidei uſque ad condemnationem, quaſi mora contracta. ubi convenerit, ut res certo loco redderetur, placet inſpici, quanti res plurimi poſt moram contractam eo loco fuit, quo dari debuit. *d. l. vinum. de reb. cred. d. l. ult. de cond. tritic.* uſque ad litem conteſtatam ut extremum in ſtrictis, uſque ad rem judicatam in bonæ fidei judiciis, per *l. 3. § 2. ff. commod.* Non obſtat *l. cum quis 22 ff. de oblig. & act.* Nam illi Juriſconſulti verba, *ejus temporis æſtimatio ſpectanda eſt, quo ſatis accepit*, ſic accipienda ſunt, ut ſignificetur id tempus, quo ut merx ſolveretur, fidejuſſor ſe obligavit. vel cum Cujacio in *d. l. cum quis. tract. 3. ad African.* & in *l. quoties 59. de verb. oblig.* ponendus caſus, quo fidejuſſor intervenit, cum jam dies veniſſet, quo reus ſolvere debuit *arg. l. 9. §. 3. ff de pign. act.* Quod ſi pura ſit obligatio, in bonæ fidei judiciis ſpectatur tempus litis conteſtatæ, ut terminus à quo tempus rei judicatæ, ut extremum & terminus ad quem: niſi res perierit: quia res antea extincta non poteſt æſtimari, quanti tunc eſt, cum ſententia fertur, & ideo æſtimatur, quanti fuit tempore interitus, per *l. 3. ff. de cond tritic.* In ſtrictis autem inſpicitur tempus litis conteſtatæ duntaxat, id eſt, terminus à quo & ad quem ſimul *d. l 3. §. 2. ff. commod.* niſi mora facta ſit, quo caſu tempus moræ eſt terminus à quo in utroque genere judiciorum. De ſtrictis eſt in *l. hominem 37. §. 1. ff. mandat.* de bonæ fidei in *l. 3. §. ult. l. ſterilis 21. §. 3. ff. de act. empt.* Licet enim raro ſine mora ad judicium perveniatur. *l. 3. pr. ff. de uſur.* aliquando tamen id fieri poteſt. *l. ſciendum 21. & ſeqq. eod.* Itaque quantum æſtimatio crevit tempore moræ uſque ad judicium acceptum in ſtrictis in b. fidei contractibus uſque ad rem judicandam hic præſtandum erit *l. 3. §. 2. ff. commod.* Contra ſi creditor in mora fuerit, ex eo tempore res æſtimabitur, quanti minimi, arg. à contrario. Quod ſi quis jam quærat, cur in ſtrictis judiciis tempus litis conteſtatæ; in bonæ fidei tempus rei judicandæ, ut extremum ſpectetur? ratio hæc eſt, quia in ſtrictis judex adſtringitur formulæ petitionis: petitur autem res, uti nunc eſt, cum petitur, *l. 2. ff. de uſur.* & huc pertinet *d. l. 22. ff. de reb. cred.* In bonæ fidei vero judiciis non ita eſt, judex formulæ non eſt adſtrictus, & poteſt judex etiam eorum, quæ poſtea contingunt, rationem habere, ſicut & exceptiones formulæ non inſertas poſt litis conteſtationem poteſt admittere, *l. plane 38. l. ult. ff. de her. petit. l. 3. ff. de reſc. vend.*

 Non

Non obſtat *l.* 5. §. *ult. ff. d. in lit. jurand.* ubi ſi poſt moram aut culpa debitoris res perierit ante litem conteſtatam, & judex aditus ſit, ea jurejurando in litem æſtimanda dicitur, etiam in ſtrictis judiciis. Nam liberum eſt actori recuſare jusjurandum, ſi de æſtimatione teſtibus aut inſtrumentis probare malit: utrumque enim jusjurandum in litem tam veritatis, quam affectionis actoris gratia compatatum eſt. *l. quod ſi* 71. *ff. de rei vind.* & quærimus hic non de æſtimatione quæ fit à parte ſed à judice. Nihil quoque in contrarium facit *l. cum fundus. pr.* 31. *ff. de reb. cred.* quia illic nulla quæſtio eſt de æſtimatione rei petitæ, ſed de fructibus, acceſſionibus & cauſa rei. Certum autem eſt poſt judicium acceptum omnem cauſam actori præſtandam eſſe, id eſt, id omne, ſi tempore litis conteſtatæ res petita reſtituta aut ſoluta fuiſſet. hæc enim omnia una cum re tacite in judicium deducuntur, & ad officium judicis pertinent. *d. l.* 31. *de reb. cred. l. præterea* 20. *l. & ex diverſo* 35. §. 1. *ff. de rei vind. l.* 2. *l.* 3. *videamus* 38. §. *ſi actionem.* 7. *ff. de uſur. l. ædiles.* 35. §. *item ſciendum* 8. *ff. de ædil. edict.* Non adverſatur etiam *l.* 8. §. 1. *ff. de cond. furt.* ubi dicitur in condictione furtiva, quæ ſtricti juris actio eſt ſi quæratur, cujus temporis æſtimatio fiat, id tempus ſpectandum, quo res unquam plurimi fuit.

Nam quia fur ſemper, hoc eſt ab initio rei ablatæ, & quolibet momento moram facere intelligitur, ideo in condictione furtiva res, quanti unquam plurimi fuit uſque ad litem conteſtatam, æſtimatur. *l. ult. in fin. eodem tit. Fac. l. pen. ff. de act. rer. amot.* Nec adverſatur huic reſponſioni *l.* 2. §. 3. *ff. de priv. delict.* Neque enim hoc dicimus in condictione furtiva æſtimationem reſtringi ad annum retrorſus computandum ex die judicii, ut fit in lege Aquilia; ſed contrario modo rem quanti plurimi fuit ex die moræ uſque ad acceptum judicium æſtimari. Magis obſtat *l.* 3. *ff. de cond. tritic.* ubi in æſtimatione rei facienda condemnationis tempus ſpectari dicitur in condictione triticiaria, quæ creditur eſſe ſtricti juris. Reſpondet Pacius condictionem triticiariam non differre ab aliis actionibus ſpecie, ſed tantum qualitate adjectitia, & aliarum, quarum eſt adjectio, naturam imitari, *arg. l.* 1. *ff. eod. tit.* ſicut actio de peculio, inſtitoria, exercitoria, &c. non ſunt actiones per ſe conſtantes, ſed tantum actionum ex contractu, puta mandati, depoſiti, ex empto, ex ſtipulatu, &c. adjectiones, quarum actionum naturam & ipſæ imitantur. Quapropter caſus mobilis in *d. l.* 3. ponendus eſt, nempe ſi triticiaria de æſtimatione agatur ex cauſa bonæ fidei judicii, puta ex cauſa commodati, depoſiti, pignoris &c. non autem ſi eadem actione agatur ex cauſa mutui aut ſtipulationis. Ita Julius Pacius *cent.* 3. *quæſt.* 72. alii aliter. Ant. Faber. *lib.* 16. *conject.* 4. putat *d. l.* 3. intelligendam de caſu, quo poſt condemnationem triticiaria de æſtimatione agitur, & fortaſſe rectius: ſed amplius deliberandum vide *Cujac. in l. quoties* 59. *ff. de verb. obl. Don. in l. vinum* 22. *ff. de reb. cred. Duar. ad tit. C. ſi cert. pet. c.* 8. *Hotoman. il. quæſt.* 16. *Ant. Fab.* 16. *conject. c.* 1. *& ſeqq. & Cod. for. tit. ſi cert. pet. defin.* 7. *& ſeqq. Perez. in C. eodem. n.* 25. *Bronch. cent.* 2. *aſſert.* 19. *Schiford. lib.* 1. *tract.* 20. *&* 8. *ſeqq.*

Cæterum ex communi interpretum ſententia, cum de ineunda rei æſtimatione quæritur, nulla inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris facienda differentia, niſi cum agitur de rei æſtimatione per jusjurandum in litem ab actore probanda. *DD. poſt. Bart. & Caſtr in lib.* 22. *ff. de reb. cred.* ita enim accipiunt, quod ſcriptum eſt in *l.* 3. §. 2. *ff. comm.* quia ibi etiam de jurejurando agitur. Sed tam in judiciis ſtrictis, quam bonæ fidei inſpiciendum erit tempus moræ, ſi qua litis conteſtationem præceſſerit, & eo tempore res pluris fuerit, ſive mora re ipſa contracta ſit, ut puta venditore poſt acceptum pretium ceſſante in tradenda re vendita, cujus tradendæ facultatem habet, ut in ſpecie *l.* 13. §. *veniunt.* 20. *ff. l.* 5. *C. de act. empt.* ſive per lapſum diei in obligatione poſiti, ut in *d. l.* 22. *& l.* 11. *ff. de re judic.* ſive per expreſſam interpellationem factam vel in judicio vel extra judicium opportuno loco & tempore *l. mora* 32. *ff. de uſur.* Quod ſi tempore moræ res minoris fuerit, creſcet in ſingula momenta æſtimatio ab eo die, quo mora contracta eſt, in diem uſque condemnationis, ſi non medio tempore mora purgata, nec poſtea rurſum contracta ſit, *arg. l.* 8. §. 1. *ff. de cond. furt.* cum alioqui futurum ſit, ut moroſo debitori ſua proſit fruſtratio, contra *l. hominem,* 37. §. 1. *ff. mand.*

Sed

Sed & poſt condemnationem creſcet æſtimatio per *l. 3. ff. de cond. tritic.* ſive à ſententia perperam & ſine cauſa provocatum ſit; ſive poſt quadrimeſtre, quod faciendo judicato datur. *l. ult. C. de uſur. rei jud.* novam moram contraxerit debitor jam condemnatus. Totius autem illius quadrimeſtris temporis induciæ, etiam cum mora præceſſit condemnationem, condemnato immunes erunt à periculo augmenti æſtimationis, ſi forte interea creverit. Interdum vero juxta eandem interpretum ſententiam ſpectandum tempus contractus, eaque debebitur æſtimatio, quæ tunc præciſe fuerit, nimirum ſi ita ferant verba contractus, & æſtimatio ipſa ſit in obligatione, obligatio autem ipſo contractus tempore oriatur, ut in ſpecie *l. 28. ff. de novat.* At ſi obligatio præſtandæ æſtimationis non ſtatim oriatur, ejus temporis habenda ratio, quo orietur, ut evenit in caſu *l. hominem. 37. ff. mandat.* cum quis alterius mandato dari certum hominem fidejuſſit & ſolvit: quoniam ab eo demum die, quo ſolvit, naſcitur obligatio & jus petendæ æſtimationis, per *l. 22. ff. de oblig. & act.* actio autem mandati datur in id tantum, quod eo nomine actori abeſt. Hanc ſententiam propter communem interpretum fere omnium conſenſum Curias omnes nunc ſequi teſtatur *Ant. Fab. C. ſuo for. ſi cert. pet. defin.* 15. nec in tam multis à ratione juris ſcripti abhorret, ut ille exiſtimat. *add. Coſtal. ad l. vinum. 22. ff. de reb. cred. Sand. lib. 3. tit. 4. defin.* 8.

CAP. XL.

An ſi convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia cauſa debes, crediti nomine retineas, [illegible] mutua fiat?

QUæſtio hæc tota Academica eſt, cui cau[illegible]m dedere duo loci inter ſe contrarii, non in ſpeciem & κατὰ τὸ φαινόμενον, ſed ὄντως [illegible] revera: nempe *l. ſingularia.* 15. *ff. de reb. cred.* & *l. qui negotia.* 34. *pr. ff. mandat.* Ita jus eſt, [illegible]t quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quam ſi de [illegible] tua facta ſit: in hoc e[illegible]m mutuum damus, ut rerum creditarum dominium in accipientem [illegible]sferatur, quod fieri [illegible] poteſt, niſi & is qui credit, dominus ſit. *l. 2. §. in mutui. 4. ff. de reb. cred. junct. l. nemo.* [illegible] *ff.* [illegible] *reg. jur.* Atque hoc mutui adeo proprium eſſe putatur, ut etiam nomen ab eo accep[illegible], quod de meo tuum fiat. *d. l. 2. §. 1. Inſt. quib. mod. re contr. oblig. in pr.* Igitur ſi inter nos convenerit, ut tu pecuniam, quam mihi ex cauſa mandati, ſocietatis, emptionis, &c. debes, creditam tibi habeas; aut ſi, cum me mutuam pecuniam rogares, juſſerim, debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet, mutuum non erit. Non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta eſt, ut in caſu priore; aut tertio numerata, ut in poſteriore; ſed debitorum. *l. 1. ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius.* 27. *§. 2. l. ſcribit.* 34. *pr. ff. de aur. arg. mund. leg.* Et hoc quidem efficit ſummi juris ratio, ſi videlicet κατὰ τὸ ἀκριβοδίκαιον res exigatur. Cæterum Ulpianus in *d. l. 15. ff. de reb. cred.* ait, ſingularia quædam recep[illegible] eſſe circa pecuniam creditam, id eſt, quædam benigne recepra eſſe contra ſubtilitatem juris, παρὰ τὴν ἀκρίβειαν καὶ παρὰ κανόνας, ut bene Græci *in Baſil.* & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperis, efficiatur tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, ſi convenerit inter nos, ut tu eam tanquam à me tibi creditam, mihi deberes. Cujusmodi duas ſpecies profert. Prima eſt, cum te mutuum rogante, non dedi ipſe de meo, ſed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum eſt vitandi circuitus cauſa, & fictione quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet.* 43. *§. 1. ff. de jur. dot.* quaſi ille mihi prius dediſſet, ego deinde tibi. *d. l. ſingularia. in fin.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter ſe actionum, id eſt, dum quod agimus, acceleramus, una actio ſæpe occultatur, & quodammodo ſurripitur. *l. 3. §. pen. ff. de don. int. vir. & ux.* Species altera, quam ejusdem rei confirmandæ gratia Ulpianus in *d. l. ſingularia.* affert, eſt, ſi convenerit, ut pecuniam, quam ex alia cauſa, & nominatim ex cauſa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipſa exemplo ſuperioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum cenſet; quia quod in duabus perſonis receptum eſt, multo magis recipi debeat in una eademque perſona: utique enim facilior fictio breviorque manus ibi

eſt,

eſt, ubi una tantum eſt manus, ut tu ſcilicet videaris mihi ſolviſſe, & protinus à me accepiſſe. Notandum hic obiter, priorem obligationem non tolli conventione & conſtitui novam ex cauſa mutui; hoc enim pugnat cum certo & explorato jure, quia novatio non fit citra ſtipulationem. *l.* 1. *l.* 2. *& paſſ. ff. & C. de novat.* & noviſſimo jure non aliter, quam ſi hoc ipſum à contrahentibus expreſſum fuerit, ſe novandi animo & prioris obligationis tollendæ cauſa poſteriorem contrahere. *l ult. C eod.* ſed primam tolli ſolutione, quamvis ſine conventione id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dediſſe creditori, atque eo modo ex priore cauſa liberatus eſſe, eodemque tempore pecunia à creditore ad illum profecta, quæ res mutuum conſtituat. Eſt & alia ſpecies præcedenti non diſſimilis, relata ab eodem Juriſconſulto in *l. rogaſti* 11. *pr. ff. de reb cred* nempe ſi tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, lancem dederim, ut venderes, & pretio utereris, tuque eam vendideris, & nummos acceperis, hoc perinde habendum eſſe, ac ſi vendidiſſem ipſe, & pecuniam inde confectam tibi numeraſſem. Prima ſpecies dubitationem non habet: nam & Africanus in *d. l. qui negotia.* 34. *pr. ff. mandat* fatetur benigne receptum eſſe, ut hujusmodi in caſu pecunia credita fiat. Sed idem reſponſum Africani de ſecunda & tertia ſpecie negotium faceſſit, & quidem tale, ut Peliam mihi lavare videantur, qui rationem componendi diſſidii inter Ulpianum & Africanum quærunt.

DD. communiter circa ſpeciem ſecundam, videlicet, ſi convenerit, ut pecunia debita ex alia cauſa, verbi gratia ex cauſa mandati, credita fiat, ita diſtinguunt, ut ſi quidem procurator pecuniam habuerit ſolutioni paratam, procedat ſententia Ulpiani in *d. l. ſingularia.* ſi non habuerit paratam, Africani in *d. l. qui negotia* & ita quoque Coſtalius in *d. l. ſingularia.* Coraſius 6. *miſcell.* 16. etiam hoc in reſponſo Africani expendit, quod per epiſtolam inter abſentes convenerit, quod etiam Donellus in *d. l. ſingularia* præterit: ſed neque illud, neque hoc poteſt impedire fictionem brevis manus. Pone Titium, qui centum mihi debet, ex cauſa mandati aut qua alia, non habere paratam ad ſolvendum pecuniam, aut eum habitare Lutetiæ, cum ego habitem in Belgio: an propterea, quod debitor pecuniam in loculis non habet, fingi non potuerit ſoluta & retro tradita? aut ſi alibi habitat, & per epiſtolam à me petit, ut eam pecuniam, quam ex alia cauſa debet, crediti nomine retineat, quid ni poſſit pactione hoc effici, ut credita fiat, eadem illa, quam dixi, fictione brevis manus? At regerit Coraſius nihil aliud in *d. l. qui negotia.* ab Africano proponi, niſi quod epiſtola à procuratore ad dominum negotiorum miſſa ſit: ſolius autem procuratoris voluntate à priore obligatione recedi, eamque ſolvi atque in aliam cauſam converti ſine conſenſu domini non poſſe. Sed quis non videt, quam ſtulta? talem caſum ponamus, ſit quæſtio? Digna ſcilicet quæſtio, de qua Juriſconſultus adeatur & conſulatur, an debitor, qui mihi centum debet ex cauſa mandati vel alia, ſe liberare, cauſamque debiti me ignorante aut non conſentiente mutare poſſit. Supponit Juriſconſultus, creditorem epiſtolæ ad ſe miſſæ conſenſiſſe ſive aperte per reſcriptionem, ſive tacite, hoc ipſo ſcilicet, quod aperte non diſſenſit, nec reſcripſit. *l. ſi filius famil.* 16. *ff. de ſenat. Maced.* Conſtat autem, pacta recte fieri per epiſtolam. *l.* 2. *ff. de pact.* & epiſtolam, cui conſentit is, ad quem mittitur, pro pactione eſſe. *l. dotale* 15. *ff. de fund. dot.* Jam vero Africanum in ſpecie à ſe propoſita epiſtolam pro conventione ſeu pactione accepiſſe oſtendunt hæc ejus verba; *Alioqui dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam*, &c. item illa in *fin. pr. d. l. qui negotia. tamen uſuras, de quibus convenerit, præſtare debeat.* denique & duo illa exempla, in quibus mutuum ex conventione admittit. Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro voluntate unius. *l.* 1. §. 1. *ff. de pact. l.* 3. *ff. de pollicit.* nec ita loqui Juriſconſulto integrum fuit, non magis quam veſtem appellare ſupellectilem. Poſtremo fictioni, ut tu mihi videaris ex priore cauſa ſolviſſe, & rurſus ex cauſa mutui protinus à me accepiſſe, ſine mutua conventione locus eſſe non poteſt. Ergo pactione nuda per epiſtolam id actum inter me & te proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex cauſa mandati, debeas ex cauſa crediti: & quæritur, an ea pactione cauſa mandati converſa ſit in cauſam crediti, quod negat Africanus: quamvis fateatur, uſuras ex ea pactione peti poſſe, nempe actione mandati, & periculum nummorum ad procuratorem tranſire. *d. l. qui negotia. in fin. pr.* Et igitur ſecundum Africani ſententiam in ſpecie propoſita, pactio, de qua agitur, ad obligationem ſortis ex cauſa mandati convertendam in obligationem mutui inutilis eſt. Atque hoc primum probare conatur argumento ducto ab abſurdo, quod alioqui dicendum ſit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri poſſe. Reſpondet deinde duobus argumentis, quæ in contrarium afferri poſſent, quorum

alterum

alterum oſtendit eſſe à diſſimili, nempe quod nummi, quos mihi debes, ex cauſa depoſiti crediti fiunt, modo convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia hic nummi, qui mei erant, tui fiunt. *l. condictio 9. §. ult. ff. de reb. cred.* Alterum à ſimili quidem eſſe fatetur, nempe ſi debitorem meum juſſero tibi mutuum roganti dare pecuniam, eam creditam fieri: ſed ait, benignè id in hoc caſu receptum eſſe, quo innuit id non eſſe producendum ad conſequentias. *l. quod vero. 14. ff. de legib.* Notandum hic in tranſitu, quod ſi in ſpecie initio ab Africano propoſita, & de qua hic quæritur, ſolius debitoris, ut vult Coraſius, voluntas interveniſſet, non alterum ſolum è duobus exemplis, quæ objiciuntur, diſſimile eſſet, ſed utrumque, & una eademque ratione utrumque rejici potuiſſet; quia ſcilicet in ſpecie controverſa unius debitoris, in exemplis objectis utriusque conſenſus intervenerit, quod & Schifordigerus *lib. 2. tract. 16. quæſt. 5.* obſervavit. Quid vero Ulpianus in *d. l. ſingularia?* Is ex profeſſo ſe opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, ſcilicet etiam in ſpecie, de qua agimus, ſi convenerit, ut pecunia debita ex cauſa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri; multoque magis in hac ſpecie id recipiendum eſſe, quam in illa, ubi mutuum petenti juſſi debitorem meum pecuniam dare; ducto argumento à minus probabili ad id, quod eſt magis probabile: quia, inquit, quod in duabus perſonis receptum eſt, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim eſt, ut fictio inducatur in una perſona, quam in duabus: quippe facilius nulla interpoſita alia perſona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia cauſa, credere tibi poſſum, ut tu mihi videaris ſolviſſe, & mox à me accepiſſe, quam per perſonam interpoſitam. Illud procul dubio non negaſſet Ulpianus, ea quæ benigne recepta ſunt, non eſſe producenda ad alia, quæ minus ſunt probabilia; veluti ſi fictio illa brevis manus in u[illegible] recepta fuiſſet: ſed cum illa recepta ſit in duabus perſonis, etiam ad id[illegible], quod eſt probabilius, ubi una du[illegible] perſona eſt, eam producendam rectè exiſtimavit. Eadem diſſenſio inter eoſdem juriſconſultos eſt & in tertia illa, quam ſupra poſui, ſpecie, ſi tibi mutuam pecuniam roganti, cum eam non haberem, rem aliquam vendendam dedi, ut nummos inde co[illegible]ectos mutuos haberes. Nam & in hac ſpecie, ſi rem vendideris, mutuam pecuniam factam eſ[illegible]it Ulpianus in *l. rogaſti. 11. princ. ff. de reb. cred.* nempe ſi & pretium acceperis. *l. 19. ff. de præſcr. [illegible]b.* quod ex narratione facti ſatis intelligi putavit Juriſconſultus. Id enim [illegible]um eſſe proponitur, [illegible]em venderes & nummis uteteris, acceptis ſcilicet, quoniam non [illegible] acceptis uti potes. Et [illegible]niam in mutuo ex meo tuum fieri debet, etiam hic ex ſententia Ulpiani fingitur pecunia [illegible] venditore tradita eſſe ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iter[illegible]ranslata mutui cauſa, ut una actio hic occultetur vitandi anfractus gratia. *l. 3. §. pen. ff. de donat. int. vir. & ux.* Africanus autem in eadem hac ſpecie plane contrarium reſpondet in *d. l. qui negotia. pr. verſ. his argumentum.* nempe eum, qui cum mutuam pecuniam date vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam ut creditam petere non poſſe. Nam, quod quidam ajunt, in ſpecie Africani ideo mutuum non contrahi, quia non convenit, ut nummi ex venditione redacti eſſent crediti, ut in ſpecie Ulpiani; ſed ut res ipſa vendenda data ſtatim eſſet mutua argentum ipſum, lanx aut aliud vas argenteum, id eſt, certum corpus, in quo mutuum non poteſt conſiſtere. *l. 2. §. 1. de reb. cred.* id textus ipſe ſatis refellit: quod enim vendendum datur mutuum roganti, id ipſum non poteſt dici ei mutuo dari: ſed hoc non alio fine ſit, quam ut pecunia ex venditione confecta tanquam credita utatur. Quapropter omnibus bene expenſis iterum dico, eos oleum & operam perdere, qui hoc inter Ulpianum & Africanum diſſidium ſtudent componere. Et nimis puerile eſt, credere nullam in corpore juris reperiri antinomiam, quia Juſtinianus hoc dixit, aut Tribonianus Juſtiniano perſuaſit. Utrius igitur ſententia prævalebit? Quem hic ſequemur? Ulpianum ſcilicet, qui & poſterior eſt, & majorem æquitatis ac benignitatis, quam ſtricti juris rationem habendam putavit juxta *l. placuit. 8. C. de judic.* Cum contra Africanus nimium hac in parte religioſus & ſtricti juris retinentior fuerit. Non obſtat huic reſponſioni *l. ex pretio. 6. ſi cert. pet.* quæ eſt Imperatorum Diocletiani & Maximiani Ulpiano poſteriorum: quoniam in illo reſcripto non convenit, ut debitor pecuniam, quam ut pretium emptionis debebat, inciperet debere Nicandro ex cauſa mutui: ſed cum revera ex cauſa emptionis deberetur, tantum ſimulate ſcriptum erat in inſtrumento, eam ex cauſa mutui deberi. Nulla igitur interceſſerat conventio, ut ex cauſa crediti deberetur: id quod evidenter demonſtrant verba ipſius reſcripti, *ſimulatis pro infectis habitis.* Simulabatur ergo cauſa mutui non revera agebatur,

ut

ut eſſet mutuum. Imo ex contrario ſententia Ulpiani in *d. l. ſingularia.* Illo Imperatorum reſcripto confirmatur, quod utique ſi abeſſet ſimulatio, demonſtrat, pecuniam debitam, ex cauſa venditionis nuda pactione in cauſam crediti poſſe converti. Et de eo nulla hodie dubitatio eſt, *add. Cujac. tract. 8. ad Africanum in d. l. qui negotia. ff. mandat. Schifordiger. l. 2. tract. 26. qu. 5.*

CAP. XLI.

An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ poſt biennium opponere poſſit, onus probandi in ſe ſuſcipiens.

SI quis ſcripto ſeu chirographo ſuo alteri mutuo conſenſu tradito confeſſus eſt, ſe ab eo certam ſummam mutuam accepiſſe, nec intra biennium confeſſionem ſuam retractavit, is literis obligatus eſt. *pr. Inſt. de lit. obl.* Hæc autem obligatio non eſt habenda pro mere civili, ſed pro mixta ſeu civili & naturali ſimul, cui etiam competit definitio obligationis tradita *pr. Inſt. de obl.* ut ex diviſionibus ſubjectis patet. Sed illa, quæ ex confeſſione mutui accepti intra biennium competit, mere civilis eſt, & exitu inutilis, quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecuniæ infirmatur. *d. pr. & tot. tit. C. de except. non num. pec. junct. l. nihil intereſt. 112. ff. de reg. jur.* Nimirum mixta obligatio duorum generum eſt, una vere talis; altera præſumptive: qualis eſt obligatio judicati, confeſſi, jurisjurandi: & talis quoque eſt ea, quæ dicitur literarum. Nam ſicut poſt rem judicatam, vel jurejurando deciſam, vel confeſſionem in jure factam, non quæritur amplius, an debeatur. *l. poſt rem. 56. ff. de re jud.* ita & poſt biennium non amplius quæritur, an pecunia confeſſa numerata ſit, ſed ſcriptura auctoritate juris pro veritate habetur, & confitentem obligat: *d. pr. Inſt de lit. oblig. l. ſi intra. 8. C. de exc. non num. pec.* eademque fere ratione hæc obligatio defenditur, qua uſucapio & præſcriptiones temporales, boni ſcilicet publici & litium expediendarum prætextu. Quid ergo ſi confeſſus intra biennium cautionem & confeſſionem ſuam non retractaverit quidem, ſed paratus ſit probare pecuniam ſibi numeratam non eſſe, an non erit audiendus? Non puto. Nam ſi confeſſus poſt biennium ſcriptura obligatur, conſequens eſt eum neceſſitate rei ſolvendæ jam ita adſtringi, ut ſolutionem nullo modo evitare poſſit. Eſt enim hic certiſſimus obligationis effectus, ut qui ſecundum formam juris obligatus eſt, non aliter liberetur facto ſuo, quam ſi ſolvat aut ſatisfaciat creditori. *Inſt. de oblig. in pr.* atque hoc etiam expreſſe reſcriptum eſt in ſpecie debiti propoſita. *d. l. 8. C. de non num. pec.* Cæterum Doctoribus communiter poſt Accurſium & Bartolum contrarium magis placet, nempe debitorem poſt biennium adhuc audiendum, dummodo paratus ſit docere de pecunia ſibi non numerata. ita *Baro, Schneid. Bachov. ad tit. Inſtit. de lit. obl. Brench. 2. aſſert. 22 Perez. C. d. tit. de non num. pec. num. 14.* Moventur primo, quod exceptiones natura ſua ſunt perpetuæ, & tunc etiam, cum ex ea cauſa naſcuntur, ex qua actio nata eſſet temporalis. *l. 5. §. ult. ff. de except. dol. mali.* Deinde quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli. *l. 3. C. de pec. non num.* quæ cum ſine dubio perpetua ſit, *d. l. 5. §. ult.* utique etiam poſt biennium competere debeat, etiamſi ceſſare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Tertio, quia illicitæ exactiones admittendæ non ſunt. *l. 6. ff. de offic. præſid.* Illicita autem & iniqua exactio eſt, ſi reus probare volens ſibi pecuniam numeratam non eſſe, non audiatur. Poſtremo, quia non poteſt lapſus biennii debitori adimere, niſi quod prius ex biennio habuit: at biennium ſolum tribuit debitori immunitatem probationis, *l. 10. C. de non num. pec.* ergo nec lapſus biennii amplius ei adimere poteſt.

Sed procul dubio verius eſt & ſcripti juris rationi magis conſentaneum, debitorem poſt biennium non audiri, nec ſi ultro probationem offerat. Etenim poſita obligatione, id eſt, neceſſitate ſolvendi, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione naſcitur, omnino conſequens eſt, eum debitorem audiendum non eſſe, qui chirographum quidem ſuum ſeu cauſam obligationis agnoſcit; cæterum

cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisſe negat, licet ejus rei probationem offerat. Quod ſi probatio poſt biennium contra cautionem admitteretur, nec ſcriptura jam ad obligationem valeret, ſed tantum ad probationem; nec novum eſſet hoc obligationis genus, quod ex literis naſceretur, ſed ex re. Denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non eſt in cæteris, quæ non ſunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppoſitæ. Qua parte etiam major vis eſſet cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ. *l. generaliter.* 13. *C. de pecun. non numer.* ex quibus tamen obligationem literarum non naſci inter omnes convenit. In ſumma nulla eſſet revera literarum obligatio, nullus effectus ſcripturæ, niſi in probatione & fide facienda, ut uni intra biennium incumberet probatio, poſt id tempus alteri: & conſequenter expungenda eſſet è catalogo verarum obligationum illa literarum. Loci juris in hanc ſententiam manifeſti ſunt In *l. adſeveratio.* 10. *C. de non num. pec.* ajunt Impp. querelam ſeu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propoſitam evaneſcere: quod certe non poteſt reſtringi ad probationis immunitatem. Ajunt enim querelam evaneſcere: quod utique falſum eſt, ſi poſt definitum tempus adhuc querelæ ſive exceptioni locus eſt, licet probatio offeratur de pecunia non numerata. In *l. ſi intra* 8 *C. eod.* ſcriptum eſt eum, qui cautionem expoſuit, ſi intra biennium queſtus non eſt, omnimodo debitum ſolvere compelli: non poteſt autem compelli, qui juſtam exceptionem habet: imo ille debitor eſſe deſinit; nec vere debitum appellari poteſt, quod propter exceptionem perpetuam peti nequit. *l. Marcelius.* 66. *l. nihil intereſt.* 112. *ff. de reg. jur.* Idem probat nec minus evidenter *l. in contractibus.* 14. *pr. C. eod.* ubi verbis diſertiſſimis cavetur, ne poſt biennium ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: & ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuni[illegible] ſuſcipit. Hoc amplius in *d. l. contractus.* §. 3. illud obſervari nominatim [illegible] Juſtinianus, ut ne liceat deb[illegible]ori, [illegible] ſtus non eſt, poſt biennium creditori agenti in ju[illegible]cio deferre jusjurandum, cum tamen alias recuſatio jurisjurandi judicialis adverſus recuſantem, q[illegible] juſtam recuſandi cauſam non habet, pro manifeſta confeſſione & probatione habeatur. *l. manife[illegible]* 38 *ff. de jurejur.* adeoque facilius admittenda fuerit jurisjurandi delatio, qua actor teſtis & judex [illegible] ſua cauſa conſtituitur, ut rem uno verbo tranſigere poſſit, quam prolixæ & adverſus invitum [illegible]eptæ probationes, *arg. l.* 1. *& l.* 2. *ff. d. tit.* Unde perſpicue apparet [illegible]uſtinianum nullas om[illegible] probationes poſt biennium admitti voluiſſe. His inſuper accedit [illegible]xtus in *l. ult. C de cond[illegible] ex leg* ubi expreſſe cavetur, ne cautio poſt ſtatutum tempus condicatur. Jam vero ſi [illegible] oblata probatione pecuniæ non numeratæ poſt ſtatutum tempus condici non [illegible], nulla ratio eſt, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Denique nec aliter Græci: ſic enim Harmenopulus *l.* 2. *prompt. tit.* 2. *n.* 4. ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀρίθμησις, εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἢ ἐναχθῇ, ἢ διαμαρτύρεται περὶ τούτου, οὐδεμίαν ἔχει δικαιολογίαν, id eſt, qui negat numerationem factam eſſe, niſi intra biennium conveniatur, aut de ea re conteſtetur, nullam habet defenſionem. Poſtremo, uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota ſcilicet intra biennium querela, ſeu proteſtatione facta de pecunia minime numerata. *d. l. contractus.* §. *ult.*

Argumenta in contrarium adducta infirmiora mihi videntur, quam ut hanc ſententiam poſſint convellere. Nam quod primo producitur in genere de natura exceptionum, quod ſint perpetuæ, id ad eas exceptiones non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actionis proponi poſſunt. Exempli gratia, ſi filius exheredatus ſit in poſſeſſione hereditatis, & ſcriptus heres ab eo hereditatem petat, poteſt filius in modum contradictionis ſive excipiendo queri de inofficioſo. *l.* 8. §. *ſi filius.* 13. *ff. de inoffic. teſtam.* ſed utetur hac exceptione duntaxat intra quinquennium: ſic enim proponere eam debet, quemadmodum ageret, ſi non poſſideret, ſed peteret, ut diſerte ait Juriſconſultus dicto loco. Conſtat autem, actionem de inofficioſo quinquennio finiri. *d. l.* 8. §. *ult. & ſeq. l.* 16. *l.* 34. *in fin. C. eod.* Hoc vero ex eo eſt, quia poteſt nihilominus filius ſeparatim ſine petitione hereditatis querelam movere ad hoc ſcilicet, ut teſtamentum pronuntietur inofficioſum. Pari ratione exceptio non numeratæ pecuniæ ultra biennium non extenditur, quia & ipſa, creditore intra biennium non agente, per modum actionis induci poteſt: nam & cautionem ſuam confeſſus condicere intra id tempus poteſt condictione ſine

cauſa, aut ob cauſam dati cauſa non ſecuta. *l. 7. C. de non num. pec. l. ult. C. de cond. ex leg.* & ultro queri ſive proteſtari de non facta numeratione, atque hoc pacto ſibi acquirere exceptionem perpetuam. *l. 8. l. 9. l. contractus. 14. § ultimo. & auth ſeq C. de non num. pec.* Quod ſecundo loco afferunt de exceptione doli concurrente cum illa pecuniæ non numeratæ, colorem aliquem videtur habere; ſed præter colorem nihil habet. Fatemur ultro, exceptionem doli concurrere cum exceptione non numeratæ pecuniæ, id eſt, confeſſum vel hac vel illa ad defenſionem ſuam intra definitum tempus uti poſſe. *l. 3. C. eod. tit.* ſed negamus omnem exceptionem doli eſſe perpetuam.

Duplex enim eſt doli mali exceptio, una generalis, quæ cum cæteris omnibus exceptionibus concurrit, & ex omni cauſa naſcitur, ob quam id quod petitur, exceptione elidi poteſt, quamvis inter initia nihil dolo factum ſit. *l. 2 §. & generaliter. 5. l. 4. §. penult. l. 12. ff. de dol. mal. exc. l. ſi quis. 36. ff. de verb. oblig.* altera ſpecialis, quæ naſcitur ex eadem cauſa, ex qua actio de dolo, videlicet ſi quid ab initio geſtum ſit dolo malo, *§. 1. Inſt. de except. l. 5. C. de inut ſtip. l. 5. §. ult. ff. de doli mali except.* Hæc ſpecialis doli exceptio perpetua eſt, & quidem non eo tantum ſenſu, quo exceptiones peremptoriæ & perpetuæ dicuntur ab effectu, quod ſemel oppoſitæ ſemper agentibus obſtent. *§. perpetua 9. Inſt. de except.* quo eodem ſenſu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua eſt: nam & illa intra biennium ſemel conteſtata perpetuo obſtat agenti: verum etiam reſpectu temporis intra quod opponenda. *l. 5. §. ult. ff. de doli mali exc.* at generalis illa doli exceptio naturam & conditionem earum ſemper ſequitur, cum quibus concurrit, tanquam acceſſio quædam. *l. 2. § & generaliter. 5. ff eod.* ut ecce, is qui decem debebat, pactus [illegible] pecunia peteretur: hic ut pacti exceptio, quæ ex hac conventione debiti quæritur, lapſu temporis [illegible]erit, ita nec doli, quæ cum ea concurrit. Quod ſi pactus ſit debitor, ne intra biennium à ſe peteretur, petenti intra biennium obſtabit tam doli quam pacti exceptio: at poſt biennium neutra. *d. l 2. § item quæritur. 4. ff. de doli mali exc.* Sic qui uſuras in futurum à debitore accepit, ei intra id tempus ſortem petenti obſtat exceptio pacti conventi. *l. qui in. 57. ff. de pact.* & intra idem tempus propter hanc etiam illa doli generalis. *d. l. 2. §. & generaliter. 5.* finito autem eo tempore cum illa & hæc expirat. Simili plane ratione, ille confeſſus intra biennium conventus vel exceptione non numeratæ pecuniæ, vel doli ſe tueri poteſt propter illam: ita poſt biennium illa ceſſat, ita & hanc ceſſare neceſſe eſt. Porro non eſt iniqua exactio, ubi debitum petitur. Neque enim iniquum eſt, ſi rationem civilem ſpectamus, eum, qui proprio chirographo confeſſus eſt, ſe debere, ſibi pecuniam numeratam eſſe, poſt ſilentium totius biennii hanc quaſi contempti beneficii juris & negligentiæ ſuæ pœnam luere, ut confeſſioni ſuæ literis teſtatæ omnimodo ſtare, & confeſſam pecuniam ſolvere cogatur, quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum reſponſum eſto. Ultimum argumentum eſt ἐκ τῶν ἀντιςρεφόντων, quod in eos ipſos, qui illud proferunt, retorqueri poteſt, hoc modo; Quod biennium confeſſo tribuit, id lapſus bienni ei totum adimit: atqui biennium ei tribuit non immunitatem duntaxat probationis; verum etiam & maxime exceptionem ipſam non numeratæ pecuniæ: ergo lapſus biennii utrumque adimit. Quod & expreſſum in *d. ll. 8. 9. 10. & 14. C. de non num pec.* quanquam nec argumentum à contrario ſenſu contra textus expreſſos procedere notum eſt. *præſ. Everh. in top. leg. loc. 82. n. 4. pr.* Plane ſi debitor neget ſuam eſſe ſcripturam, aut dolo ſe inductum dicat coactumve vi, ut confiteretur, aut dicis tantum cauſa numerationem interveniſſe, cum aliud ageretur, aliud ſimularetur, etiam poſt biennium ex his cauſis exceptionem eum habere nemo eſt, qui negat. *vid. Joan. Fab. Weſemb. ad tit. Inſt. de lit. oblig. Thulden. ibid. c. 3. Duar. ad tit. C de non num. pecun. c. 4. Donell. ad l. 8. ejuſd. tit. Fachin 2. contr. 81. Gudel. lib. 3. de jur. noviſſ. c. 6. Zanger. p. 3. de except. c. 14. n. 55. & ſeqq.* Cæterum uſu forenſi recepta eſt communis Gloſſæ, Bartoli & aliorum ſententia, contendentium etiam poſt biennium audiendum eſſe debitorem, modo ipſe paratus ſit oſtendere, pecuniam ſibi numeratam non eſſe, lapſumque biennii creditori tantum prodeſſe ad translationem oneris probandi in debitorem. *Gomez 2. reſol. 6. num. 7. Moz. de contr. tit. de mut. num. 9. Zanger. ubi ſup. num. 66. Ant. Fab. C. ſuo for. de non num. pecun. defin 1. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 37. Sande lib. 3. tit. 2. defin. 1.* In Gallia & pleriſque Belgii provinciis non eſt melior conditio cautionis pecuniæ creditæ, quam cæterarum cautionum: agnoſcentique chirographum ſuum, & excipienti de pecunia non numerata,

hujus

hujus exceptionis probatio tam ante, quam poſt biennium imponitur, & præterea fiduciaria pecuniæ petitæ conſignatio Hoc obiter. *vid. Chriſtin. ubi ſup. Gudelin. d. c. 6. in fin. Imbert. 1. Inſt. for. c. 35. Cyprian. cenſ. Belg. ad tit. Inſt. de lit. oblig. Grœnevv. de ll. abrog. ad tit. C. de non num. pec. & ibi citat.*

CAP. XLII.

An jusjurandum judiciale recuſari poſſit delatum ab actore, qui nihil probavit?

NOtum eſt, tria eſſe jurisjurandi genera litis & controverſiæ decidendæ gratia comparata, voluntarium, neceſſarium & judiciale: his enim nominibus diſtinguuntur in *rubr. ff. de jurejur.* & *c. ult. ext. eod.* Voluntarium eſt, quod ex conventione à parte parti defertur extra judicium, id eſt, ante cœptum judicium ſive ante litem conteſtatam. *l. jusjurandum. 17. pr. ff. d. tit.* Dictum autem eſt voluntarium, quia ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio vel ſuſcipi vel non ſuſcipi poteſt; nec is, cui delatum eſt, illud referre, nec is, qui detulit, ſi id ei ab adverſario referatur, jurare habet neceſſe, *d l. jusjurandum.* Itaque huc non pertinet regula *l manifeſtæ. 38. ff. eod.* ex ſuſceptione autem, quod ab initio erat voluntarium, jam neceſſarium fit. *Beuſter. ad Rubr. eod. n. 54. & ſeqq. Borcholt. tract. de jurejur. c. 7. n. 2.* Jusjurandum neceſſarium eſt, quod in judicio propter inopiam probationum, in cauſis dubiis uni ex litigatoribus à judice defertur altero invito. *l. admonendi. 31. ff. de jurejur. l 3. C. de reb. cred.* quod ſic appellatur, 1. reſpectu cauſæ, quæ aliter expediri nequit propter inopiam probationum 2. reſpectu perſonæ, cui id defertur, quia id ſubire cogitur, aut pati contra ſe ſententiam ferri. 3. reſpectu ipſius judicis, & quod vel quando non defert, vel ſine cauſa defert, litem ſuam facit. *Marant ſpec p. 6 act. 9. de juram. n. 2.* alias ſuppletorium dicitur, & generali appellatione jurisjurandi judicialis quoque continetur. *l. pen. pr. §. 1. & 2. C de reb cred.* Jusjurandum judiciale eſt, quod in judicio ſeu lite jam conteſtata defertur, vel ab ipſo judice poſtulante uno ex litigatoribus, vel ab uno litigatore altero præſente & approbante judice. *l. 1. l. jusjurandum. 34. §. ait prætor. 6. l. tutor. 35. l. manifeſtæ. 38. ff. de jurejur. l. delata. 9. l pen. C. de reb cred.* Hoc jusjurandum in ſpecie judiciale dicitur, eſtque generis mixti: nam ſi deferentem ſpectamus, voluntarium eſt: ſi eum, cui defertur, ex parte neceſſarium: neceſſitas in eo, quod ſaltem referre cogitur; quin & qui ſemel detulit, referente adverſario ipſe jurare debet, aut pati ſententiam pro adverſario ferri. *d l. jusjurandum. 34. §. datur. 7. d. l. manifeſtæ. 38. ff. de jurejur.* Ad hoc autem poſtremum genus ſolum quæſtio hic propoſita pertinet. Illud igitur quæritur, an actor, qui nihil probavit, & nulla præſumptione juris adjuvatur, poſſit reo deferre jusjurandum judiciale eo effectu, ut niſi reus juret, aut jusjurandum referat, ſententia Judicis ſit condemnandus. Negant *Gloſſ. in l. 3. C. de reb. cred. Bart. Bald. Salic. Abb.* & alii, quos refert, *Maſcard. de prob. vol. 2. concluſ. 957. n. 7. Hart. Hartm. obſ. pract. tit. 13. obſ. 3. Ant. Fab Cod. ſuo for. tit. de reb. cred. defin. 23. Caroc. de juram lit. deciſ. q. 1. principali*; ubi *n. 4.* hanc opinionem ait magis eſſe communem. Argumenta, quæ aſſerendæ huic opinioni afferuntur, hæc fere ſunt. 1. Actor & reus ad imparia obligari non poſſunt. At reus actore intentionem ſuam probante condemnatur, ita ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare. *c. 2. ext. de probat.* Ergo ex contrario actore non probante reus abſolvendus erit, etſi non juret, etſi nihil ipſe præſtet, ut eſt in *l. 4. C de edend.* 2. Non ſunt petendæ probationes de domo aut è ſinu rei. *l. nimis grave 7. C. de teſtib* ſed quicumque judicio agere cum aliquo inſtituit, eum oportet propriis allatis probationibus reum convincere. *l 9. C. de oblig. & act.* in quo ſi defecerit, is qui convenitur, obtinere debet, quamvis nihil ipſe præſtiterit, & conſequenter, quamvis non juret, *d. l. 4. C. de edend.* Non probat autem qui jusjurandum defert, ſed ille potius, cui defertur, & qui illud præſtat. 3. Si jusjurandum judicale reo invito deferri poſſet ab actore nullas alias probationes afferente, quicunque cogitabit non poſſe ſe extra judicium jusjurandum invito deferre, cauſam dolo malo in judicium deducere poterit, atque ita pro arbitrio mole-

 ſtiam

ſtiam creare adverſario ei deferendo jusjurandum judiciale. 4. Pro firmamento hujus opinionis adducuntur loci aliquot ex utroque jure, nempe c. ult. pr. & §. 1. ext. de jurejur. l. antepenult. & l. pen. C. de reb. cred. l. eos qui. 26. §. ult. C. de uſur. l. admonendi. 31. ff. de jurejur. Cæterum ego contrariam ſententiam ſequi malo, nimirum jure publico permiſſum eſſe actori, etiamſi nihil probaverit, reo deferre jusjurandum judiciale, qui id aut ſubire, aut referre cogatur, recuſantem autem ſine juſta cauſa pro confeſſo & convicto habendum atque à judice condemnandum eſſe, quæ & communis & recepta ſententia eſt, teſtib. Rod. Suarez in l. 4. fori tit. de juram. num. 6. & ſeq. ubi allegat Caſtr. Aug. Alex. Alber. & alios. Schneid. in §. item ſi. 11. poſt Jaſon. Inſtit. de action. num. 21. Gilken ad l. 3. C. de reb. cred. num. 7. Fachin 1. contr. 19. Cujac. 22. obſ. 28. Duar. in prior. comm. de jurejur. c 6. & in poſterior. c. 3. Donell. ad tit. de jurejur. c. 12. n. pen. & ult. Chriſtin. vol. 3 deciſ. 1. n. 2. & ibi citati Oſaſcus & Teſſaur. pluresque alii apud Maſcard. de probat. vol. 2. concluſ. 957. n. 9. Et ſecundum hanc ſententiam memini me ex facto conſultum bis terve reſpondiſſe: nec aliter potui, cum tot ſint in hanc rem loci clari & perſpicui l. tutor. 35. pr. ff. de jurejur. ibi, omnibus probationibus aliis deficientibus, l. cum de indebito. 25. § pen. ff. de probat. ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adverſario ſuo de rei veritate jusjurandum inferre abſque ulla diſtinctione. l. pen. pr. C. de reb. cred. ibi, vel in principio litis. Ergo & quo tempore nihil dum probatum eſt. l. ult. §. licentia. 10. C. de jur. delib. ibi, vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defecerint. Edictum quoque prætoris indiſtinctè loquitur. l. jusjurandum. 34. §. ait prætor. 6. ff. de jurejur ut & Impp. in l. 9. C. de reb. cred. Denique & generalis eſt definitio Pauli in l. manifeſtæ. 38. ff. eod. add. l. ult. C. de fideicomm. Ratio hujus ſententiæ hæc [illegible] ut actor [illegible] omnes ei deficiunt probationes aliæ, ſaltem metu divini numinis extorqueat veritatem ab adverſario: [illegible] ſecundum hoc recte Donatus in Hecyra Terentii, ubi, inquit, argumenta & teſtimonia deficiunt, jurejurando opus eſt. Juri quoque divino hæc ſententia optime convenit. Exod. cap. 22. verſ. 10. & 11. qui locus clarè oſtendit, ubi hominum deſunt teſtimonia, ad Deum teſtem poſſe provocari, præſertim quando [illegible]ſſerendum eſt, quod in conſcientia latet: quo reſpiciens Apoſtolus epiſt. ad Hebræos c. 6. verſ. 16. πάσης [illegible], inquit, ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ὅρκος. Nec ulla hic prætexi poteſt jurisjurandi recuſandi cauſa, niſi metus perjurii, eo quod recuſans ſibi conſcius ſit ſe, quod petitur, debere.

Ad primum contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo, eſſe illud à diſſimili; nam cum actor inſtrumentis aut teſtibus intentionem ſuam legitimè probavit, & de jure ſuo plene docuit, jam cauſa eſt [illegible]tis liquida, ut non oporteat eum onerari ſuperfluo jurejurando: at nulla facta probatione contendente actore ſibi deberi, reoque id negante res eſt dubia, atque adhuc decidenda; & quia deficit probatio ordinaria, confugiendum ad ſubſidiariam illato jurejurando. Ad ſecundum reſpondeo, tantum abeſſe, ut actor, qui probationibus deſtitutus reo jusjurandum defert, probationes de domo rei ſumat, onus probandi ei imponat, ut etiam eum ipſum teſtem & judicem in propria cauſa faciat. l. ult. C. de fideicomm. & qui ob id, ſi jurare recuſet, merito habendus ſit pro confitente ſe malam cauſam habere l. manifeſtæ. 38. ff. de jurejur. Diod. Tulden in Cod. tit. de reb. cred. n. 4. Ad tertium, incommodo quod hic objicitur, occurri poſſe juramento calumniæ. Notum enim eſt, eum qui jusjurandum de lite detulit, adverſario poſtulante de calumnia jurare debere, id eſt, ſe non calumniandi ſeu vexandi, aut adverſarium religione urendi animo jusjurandum deferre; ſed quia ita uti dicit, ſe rem habere ſibi plane perſuaſum ſit. l. jusjurandum. 34. §. 4. ff. eod. l. ult. C de fideicomm. l 9. C. de reb. cred. Neque hæc jurisjurandi de calumnia ſpecies, quamvis rarior hodie ejus uſus ſit, prorſus exolevit, ut generale illud, quod in exordio litis ab utroque litigatore jure communi præſtandum eſt, de quo text. in l. 2. in fin. pr C de jurejur. propt. cal. §. 1. Inſt. de pœn. tem. litig ſed ſi exigatur, adhuc præſtandum juxta d. l 34. §. 4. Weſenb. par. ff. de jurejur. num. 9 Damhoud. prax. civ. c. 151. Merul. lib. 4. diſtinct. 4. ſect. 3 tit. 8. Groenevv. tract. de ll. abrog. ad tit. Inſt. de pœn. tem litig. Ad locos, qui in contrarium adducuntur, facilis reſponſio eſt. In c. ult pr ext de jurejur. hoc dicitur juramentum quod in judicio à parte parti defertur, recuſari poſſe licite ac referri. Quis verò negat poſſe recuſari, dummodo ſimul referatur? Manifeſta hic committitur fallacia compoſitionis & diviſionis, dum disjunguntur ea, quæ illic requiruntur

tur conjunctim. Etiam ſine cauſa recuſari poteſt à referente; recuſari autem ſimpliciter ſine juſta cauſa non poteſt. In §. 1. *ejusd. cap.* loquitur Gregorius de Juramento purgationis & ſuppletorio ſeu neceſſario à Judice inſpectis perſonarum & cauſæ circumſtantiis deferendo, quorum neutrum huc pertinet. Sic etiam Juriſconſultus in *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* expreſſe agit de Jurejurando quod à judice in dubiis cauſis uni è litigatoribus defertur, id eſt, ſuppletorio. In *l. eos qui* 26. §. *ult. C. de uſur.* Juſtinianus de Juramento purgationis deferendo ei, qui ſuſpectus erat de exercitione fœnoris. Quod autem idem Imperator ſancit in *l. ſi quis* 11. *C. de reb. cred.* ne ille, qui primo jusjurandum detulit, & id poſtea antequam præſtitum eſſet, revocavit, dum exiſtimat ſe poſſe probare, quod intendit, inquam ille poſſit mutato iterum conſilio ad jusjurandum recurrere, id contrariæ ſententiæ aſſertores minime juvat, quin confutat potius. Tralatitium enim eſt, ceſſante ratione legis & ipſam ceſſare legem. At Juſtinianus hanc illius ſuæ conſtitutionis rationem dat, quia abſurdum ſit redire ad hoc, cui renuntiandum putaviſti, & cum de alia probatione deſperaſti, tunc denuo ad religionem convolare. Ergo ſi quis ante jusjurandum non detulit, aperte ceſſat conſtitutio: neque enim revocaſſe intelligi poteſt, qui prius non detulit, nec denuo ad jusjurandum convolare, qui nunc primum defert. Ex *l. pen.* §. 2. *C. eod.* nihil aliud elici poteſt, quam quod ubi dubitatur utrum jusjurandum rectè delatum ſit, nec ne, poſſit quidem de facto recuſari; ſed an jure recuſatum ſit, judex diſpicere debeat; veluti ſi delatum ſit de re ignota, de facto alieno, cujus ignorantiam prætexat is cui delatum eſt, &c. Quid ergo, an non manifeſtè huic ſententiæ adverſatur regula in *l.* 4. *C. de edend.* qui tam diſerte actore non probante reum obtinere vult, etſi nihil ipſe præſtet? Nullo vero modo, quia neque ad actorem jusjurandum deferentem ea regula pertinet, quoniam de actore non probante loquitur: at delatio jusjurandi ita actori jure tributa eſt, ut adverſario nolente jurare pro juſta probatione ei cedat: neq[illegible] reum [illegible] confitentem; at qui jusjurandum ſubire recuſat, habetur pro confitente. *l. manifeſtæ* 38. *ff. de jurejur.* planè ſi reus non utatur ſimplici inficiatione negando intentionem actoris, ſed exceptione ſe defendat, eamque probare paratus ſit, neceſſitate juramenti delati vel referendi vel præſtandi abſolvendus erit. Idemque dicendum eſt, ſi dicat ſe ſolviſſe: cum utroque hoc caſu reo incumbat probatio, atque ordinario legitimæ probationis medio veritas erui poſſit. Et hic locum habet, quod ajunt, [illegible] paratum probare perjur[illegible] evitare ſuſpicionem; at ſimplicis & puræ negationis nulla eſt per rerum naturam probatio. *l. actor.* 23. *C. de probat.* & major metus eſt perjurii, cum actor, ubi jam aliquid probavit, jusjurandum defert, quam ubi nihil: minor, ubi nulla adverſus reum præſumptio, quam ubi aliqua. *Diod. Tulden. ubi ſup. n.* 5.

CAP. XLIII.

An jusjurandum neceſſarium ſive ſuppletorium judex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri aut recuſari poſſit?

JUsjurandum neceſſarium ſeu ſuppletorium appellamus, quod propter inopiam probationis in cauſis dubiis uni ex litigatoribus à judice defertur altero invito, de quo loquuntur textus in *l. admonendi* 31. *de jurejur. l.* 3. *l.* 12. *C. de reb. cred.* & putamus neceſſarii nomen inde accepiſſe, tum quod Judex illud deferre cogitur, tum quod is, cui delatum eſt, id ſubire neceſſe habeat: tum quod nec remitti à judice, nec referri ab eo, cui delatum eſt, poſſit; & denique quia ſine hoc jurejurando res expediri non poteſt ob probationum inopiam, unde & nomen ſuppletorii. Non omnes tamen hæ rationes ab omnibus admittuntur. Nam Donellus *cap.* 11. *de jurejur. num.* 8. quem ſecutus eſt Treutlerus *diſp. de jurejur. th.* 10. negant poſſe cogi judicem, ut hoc juramentum deferat, *arg. d. l. admonendi ff. de jurejur.* in verb. *Solent enim. ſæpe judices*, &c. & quia ubi actor non plene probat, judex vel abſolvere reum poteſt juxta *l.* 4. *C. de edend. junct. l.* 9. *C. de teſtib.* vel ſaltem ipſi reo jusjurandum deferre, per *l.* 3. *C. de reb. cred.* & vulgatum illud, non quicquid poteſtati judicis permittitur, id conti-

continuo ſubjicitur neceſſitati juris. *l. non quicquid.* 40. *ff. de judic.* Cæterum contrarium verius eſſe, nempe judicem neceſſe habere hoc jusjurandum deferre evidenter arguunt verba *d. l.* 3. *C. de reb. cred. per judicem jurejurando cauſa cognita rem decidi oportet,* quibus ſane verbis neceſſitati juris hoc ſubjicitur, non liberæ poteſtati permittitur Judicis. Et ratio manifeſta eſt, quia aliter in re dubia cauſam decidere Judex non poteſt, niſi interveniente jurejurando. Unde dicitur hoc eſſe maximum remedium expediendarum litium. *l.* 1. *ff. de jurejur.* Pertinet ergo hoc ad officium judicis & officii ratio hoc ei imponit. Debet enim judex de qua re ſemel cognoſcere cœpit, de eadem etiam pronuntiare, & controverſiæ finem imponere. *l. de qua re.* 74. *ff. de judic.* Non obſtat verbum *ſolent,* quo utitur juriſconſultus in *d l. admonendi.* id enim neceſſitatis ſignificationem illic habet: nempe quia id ex officio & neceſſitate facere judex ſolet: & quidem, ut opinor, ex officio, ut loquuntur, mercenario, quod actioni inſtitutæ inſervit. Sic dicimus, non ſolet deterior fieri conditio eorum, qui litem conteſtati ſunt. *l. non ſolet.* 86. *ff. de reg. juris* non ſolent, quæ abundant, vitiare ſcripturas, &c. *l. non ſolent* 94 *eod.* nempe quia nec debent. Atque hæc etiam videtur communis & recepta opinio, ut videlicet niſi deferat judex eo caſu, quo oportet aut ſolet, appellationi ſit locus. *Sichard. ad rubr. C. de probat. num.* 7. *Cyn. in d. l.* 3. *C. d. reb. cred. num.* 7. *Salic. ibidem. num.* 5. *Bard. in d. l. admonendi. num.* 59. *Benſter. num.* 119. Quod vero Donellus ait, ubi actor non plene intentionem ſuam probavit, poſſe judicem reum abſolvere, vel ipſi reo jusjurandum deferre, id ei ſimpliciter concedendum non eſſe ex iis, quæ proximo capite diſputantur, perſpicue apparebit. Remitti hoc jusjurandum à judice non poſſe, ita ut ſecundum eum, cui remiſit, judicet, ſed re ipſa jurari oportere, ſatis [illegible] *C. de reb. cred.* ibi, *decidi jurejurando rem oportet.* & textus in *d. l. adm*[illegible]*endi* 31. *ff. de jurejur.* ibi, [illegible]*dum eum, qui juraverit.* Et ratio minime obſcura eſt, nempe quia judex non eſt dominus litis, ſed a[illegible]verſarius, qui ob id ſolus delati gratiam facere poteſt eo effectu, ut bene DD. vulgo. At revoca[illegible] delatum, quin judex poſſit non dubito, ſi forte poſtea ſuſpicio inciderit fore, ut pejeret is, cui delat[illegible]m eſt; aut ſi poſt delationem compererit cauſam alterius meliore jure niti: cæterum revocatum non [illegible]bebitur pro præſtito. Satis quoque exploratum eſt, recuſari delatum non poſſe, niſi recuſans ve[illegible] contra ſe ſententiam ferri: excepto ſi forte deferatur de re ignota, veluti ſi deferatur heredi de facto [illegible]functi: nemo enim [illegible]itur in facto alieno anceps perjurium ſubire. *l.* 4. *pr. ff. de in lit. jur. l.* 34. §. [illegible] *ff. de jurejur. l.* 11. §. [illegible] *de act. rer amot.* Atque hanc cauſam puto ſignificari in *c. ult. ext. de jurejur.* ve[illegible]ſano judice deferatur illicitum, iiſve verbis conceptum, in quæ vir bonus ſalva pietate & bona con[illegible]ia jurare non poteſt, per *l.* 5. §. 3. *ff. de jurejur.* Sed & actori, qui intentionem ſuam inſtrumentis aut teſtibus plene probavit, delatum reo, ubi ab actore nihil probatum, rectè recuſabitur: aut ſi poſteriore caſu deferatur actori, poterit reus appellare. *Merul. lib.* 4. *d. inſt.* 4. *tit.* 24. *c.* 1. *n.* 8. *& ſeqq.* An referri poſſit, quæſitum eſt. Dubitat Accurſius in *l.* 12. §. 1. *C. de reb. cred.* Negat Donellus *ad l.* 9. *C. de reb. cred. n.* 18. *& ſeqq. item Borcholt. c.* 7. *de jurejur. num.* 9. *Mynſing. ad rubr. ext. de probat.* Affirmat *Ant. Faber. dec* 19. *err.* 7. quem ſequitur vir clariſſimus Collega quondam meus D. Petrus Cunæus in *paratit. manuſcript.* Fatentur quidem illi propriè ei, qui detulit, referri jusjurandum dici, nec judici, qui detulit, referri poſſe. Sed tamen exiſtimant poſſe eum, cui judex detulit, illud rejicere in adverſarium ſuum, *arg. d. l.* 12. §. 1. *C. de reb. cred.* cum ibi Juſtinianus expreſſe dicat, aut præſtandum eſſe juramentum, aut referendum, ſive pars parti in judicio, ſive judex parti detulerit: cui ſententiæ hoc conſequens eſt, ſi judex ob ſemiplenam probationem hoc jusjurandum deferat, licere hoc caſu parti, cui delatum eſt, in alteram partem id rejicere. Sed reſiſtit ipſi verbi *referre* ſignificatio. Refertur enim, unde illatum eſt. Quod ſi delatum non ex neceſſitate ſuſcipiendum ſit, ſed referri poſſit, cur magis hoc jusjurandum neceſſarium nuncupemus, quam judiciale, cauſam nullam video. Fatemur verba Juſtiniani in *d. l.* 12. §. 1. valde obſcuram habere ſententiam, & agnoſcimus hiulcum illud & moleſtum dicendi genus Triboniano familiare; ſed tamen, ut ut concedamus verba illa, *vel ex auctoritate judicis cuicunque parte illatum,* &c. de neceſſario accipi debere: tamen quod eodem loco mox ſubjicitur de relatione, id ad jusjurandum judiciale duntaxat pertinere omnino exiſtimamus: ſic ut ſingu'a ſingulis reſpondeant hoc modo, cui à judice defertur, is præciſe jurare debet; cui à parte, jurare vel referre. Argumento eſt, quod neceſſitas præſtandi relatum non

indi-

indiſtincte utroque caſu utique imponitur, ſed uno caſu tantum, & ei cui jure refertur, qui ſcilicet ipſe ante detulit: atque in hunc ſolum quadrat ratio, qua §. 1. *d. l.* 12. clauditur, *quis enim ferendus eſt ad appellationis veniens auxilium in his quæ ipſe facienda procuravit.*

CAP. XLIV.

Quando & quibus in cauſis à judice deferri poſſit aut debeat jusjurandum neceſſarium ſeu ſuppletorium?

POteſtas Judicis in deferendo juramento ſuppletorio tribus conditionibus circumſcribitur, ut deferat in probationum inopia, in cauſis dubiis, & cauſa cognita *l.* 3. *C. de reb. cred. & jurejur. l. admonendi.* 31. *ff. de jurejur.* Primum igitur neceſſe eſt, ut cauſa laboret inopia probationum: nam probationibus ſuppetentibus aut ſupervacuum eſt hoc jusjurandum, ſi deferatur actori: quia & ſine jurejurando ſatis probatum, ut ſecundum eum debeat judicari: aut iniquum, ſi deferatur reo, quippe quem convictum condemnati oportet juxta formam juris, *l. negantes* 9. *C. de obl. & act.* Deinde ut deferatur non in quavis inopia, ſed in cauſis dubiis duntaxat. Dubias autem cauſas definio non eas, in quibus pares utrinque probationes ſunt; (tunc enim reum abſolvi oportet, *c. ex litteris.* §. *ult. ext. de probat. c. inter dilectos.* 6. *ext. de fid. inſtrum. arg. l. inter pa*[illegible]. 38. *ff.* [illegible] *Arrianus.* 47. *ff. de oblig. & act cum ſimilib.* ſed eas, in quibus judex dubius eſt ob minus plenas probationes [illegible]. puta ſi actor unum inculpatum teſtem omnique exceptione majorem proferat, poterit ei juramentum ſuppletorium deferri: ac tales caſus plures occurrere poſſunt; ita *DD. comm. in d. l. admonendi & d. l.* 3. *Weſenb. par. de jurejur. n.* 10. & hæc ſententia in omnibus curiis recepta eamque hodie ſequimur. *Coſtal. in d. l. admonendi Merul. lib.* [illegible] *diſt.* 4. *ſect.* 4. *tit.* 23. *c.* 1. Ab hac tamen ſententia, quaſi juri Juſtinianeo minus conſentanea, [illegible]cedunt *Duar. lib.* 2. *diſp.* 33. *Donell. de jurejur. c.* 11. *n.* 4. *Ant. Fab.* 1[illegible] *conj.* 1. *Bronchorſt.* 2. [illegible]*t.* 93. contendentes; dubias cauſas intelligi eas in quibus par eſt [illegible]que & plena probatio, atque iſto demum caſu locum habere; quod de jurejurando ſuppletorio ſive neceſſari[illegible]ferendo præcipitur. Sed hæc potius illorum opinio juri noſtro minus conſentanea [illegible] plane non convenire videtur. Neque enim poteſt dici cauſa laborare inopia probationum, cum ab utraque parte plene probatum eſt: ſed tunc actoris probationibus per contrarias rei eliſis perinde habendum erit, ac ſi nihil probatum eſſet, & reus, ut dixi, abſolvi debebit. *cap. cum ſunt ext. de reg. jur. in* 6. *per l. ubi pugnantia.* 188. *ff. eod.* Et vero ſi, ut illi volunt, ubi actor uno teſte probavit, & reus nihil, nihilominus reus abſolvendus ſit, multo magis abſolvendus erit, ubi ille totidem teſtes pro ſe produxit, quot actor. *Matth. Weſenb. conſ.* 13. *n.* 3. Nec quod illi regerunt, magni momenti eſt, nempe alias effici, ut hoc jusjurandum deferri queat etiam ubi nihil probatum eſt. Nam primum tunc non poteſt dici cauſa dubia. Deinde aliud eſt defectus probationum, ubi nullæ ſuppetunt; aliud inopia, ubi quædam ſuppetunt, ſed ancipites aut minus idoneæ. *Cujac. lib.* 22. *obſ.* 28. *in fin.* Inopia quippe opponitur copiæ & opibus, & minus eſt egeſtate. Sic inopiam frugum, vini, amicorum, inops ærarium, inopem linguam, &c. dicimus, non cum plane nihil, ſed cum non quantum ſatis eſt, ſuppetit.

Sed expendamus ſingula, quæ huic ſententiæ objiciuntur. Sic igitur illi porro argumentantur in contrarium: Aut probat actor, aut non probat, illo caſu vincit ſine jurejurando. *l.* 9. *C. de oblig. & act.* hoc caſu reus abſolvi debet. *l.* 4. *C. de edend.* Reſpondeo, eſt medium quiddam, cum ſcilicet actor neque omnino probat neque nihil, ſed aliquid, & ut loquuntur, ſemiplene. Non enim ideo qui parum probavit, dici debet nihil egiſſe, propterea quod judex ei penitus aſſentiri non debet, *arg. l.* 3. § 1. & 2. *ff. de teſtib.* Ajunt paria eſſe non probare & non perfecte probare per *l.* 6. *ff. qui ſatiſd. cog.* & cum lex exigit probationem, exigere juſtam & legitimam *l. ult. C. de probat.* Reſpondeo, ratio hæc obſtaret, ſi ſemiplenam probationem ſufficere diceremus. At nunc contra, quia ea per ſe non ſufficit, ſed opinionem duntaxat inducit, ideo dicimus ad ſuppletorium hoc juramentum judicem recurrere poſſe & debere.

Nimirum

Nimirum paria quidem iſta ſunt in eo, quod nec imperfectæ probationis ea vis eſt, ut fidem & aſſenſum mereatur, quia per ſe inefficax: ſed quando alia adminicula accedunt, ut fieri poteſt, *l.* 5. *l.* 6. *C. de probat.* jam pro perfecta cedit, & plenam fidem facit. Inſtant tamen & ajunt, duo vel plura imperfecta non facere unum perfectum, *arg. l. ſpadonem.* 15. §. *qui jura.* 11. *ff. de excuſ. tut.* unde colligunt nec jusjurandum junctum cum ſemiplena probatione poſſe efficere probationem plenam. Sed non eſt novum, ut duo aut plura, quæ per ſe ſingula infirma ſunt aut inefficacia, juncta ſimul & coacervata, vires & efficaciam conſequantur, verbi cauſa, unius teſtis, quamvis omni exceptione majoris, teſtimonium plenam fidem non facit: ſed ſi ea, quæ dicit, conſentiente fama, aliiſve veritatis indiciis confirmentur, jam illius teſtimonium pro plena probatione habendum eſt, *l.* 5. *& 6. c. de probat.* Similiter etſi ſingula pacta per ſe actionem non producunt, ſi tamen id quod pacto quis promiſit, ſe ſoluturum pacto item deinde conſtituat, aut alius pro eo, hic actio pecuniæ conſtitutæ jure prætorio in conſtituentem datur *l.* 1. *& tot. tit. ff. de pecun. conſtit.* Sic etſi neque ſponſalia, neque concubitus per ſe matrimonium efficiunt, ſi tamen ad ſponſalia accedat concubitus, tranſeunt in matrimonium. *c. veniens* 15. *c. iis qui fidem.* 30. *ext. de ſponſal.* Et ut favore pupillorum receptum ſit, ne duæ aut plures imperfectæ excuſationes unam aliquam perfectam efficiant: in noſtro tamen caſu alius favor eſt, qui ſuadet, ut imperfectæ probationes duæ vel plures unam perfectam probationem repræſentent, ne ſcilicet probationes redigantur in anguſtum contra *l. quoniam. in fin. C. de hæret. l. pen. pr. C. de reb. cred. & jurejur. Sichard in l.* 3. *C. d. t. n.* 12. Plane ubi non ad probationem tantum, verum etiam ad actus ſolennitatem & ſubſiſtentiam certus numerus teſtium deſideratur, quorum uno deficiente actus fit nullus, ut in teſtamentis, hic ſi pauciores ſint adhibiti, jurajurando ſuppletorio non eſt locus. *l. ſi unus* 12. *C. de teſtament. Salic. in d. l. n.* 3. *n.* 16. Sed fortaſſe nihil adhuc profeciſſe videbimur iis, qui clamant vocem unius vocem eſſe nullius, & expreſſe legibus vetitum eſſe unius teſtis, quantacunque dignitate præditus ſit, reſponſionem audiri. *l. jurisjurandi.* 9. §. 1. *C. de teſtibus* Reſpondemus ne nos quidem hoc dicere, unius teſtis vocem eſſe audiendam, id eſt, credendum eſſe unius teſtimonio: credere eſt plene aſſentiri. Poteſt tamen unius viri honeſti & gravis teſtimonium movere animum judicis, & creare eidem non levem ſuſpicionem. Opponuntur in *l.* 3. §. 2. *ff. de teſtib.* quid aut credat judex, aut parum probatum ſibi opinetur. Non ideo tamen, qui parum probavit nihil egit licet ob id judex ei credere non debeat ſeu penitus aſſentiri. Senſim ad firmam aſſentionem pervenitur & quaſi per gradus. Plerumque leviſſimum ſuſpicione judex movetur, mox etiam vehementiore, quæ opinionem inducit; tandem ſuccedit & plena perſuaſio ac firmus aſſenſus, accedentibus aliis atque aliis veritatis indiciis. Ac planè ut fides & aſſenſus modo plenus & integer, ac firma perſuaſio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente: ita & probatio argumentum faciens judici fidem. Collectio ex Calliſtrato in *d. l.* 3. § 1. *& 2. ff. de teſtib.* Cum autem ſatis conſtet ex *l.* 5. *& l.* 6. *C. de probat.* plures probationes imperfectas, licet diverſi generis, jungi, & ita junctas firmum aſſenſum mereri poſſe, neceſſe eſt, ut per ſe quoque ſingulæ conſiſtant & aliquid operentur. Finge ab actore produci teſtem unum, hominem ſpectatæ fidei, eaque, quæ dicit, aliis quibuſdam veritatis argumentis confirmari: quamvis ſingula hæc per ſe plenam fidem non faciant, aliquam tamen faciunt, & juncta quod ſingulis pondere deeſt, numero ſupplent. Finge proferri chirographum, quod is adverſus quem profertur, à ſe ſcriptum neget, eumque eſſe hominem vilem & contemptum, cum is, qui profert, ſit vir gravis & integræ exiſtimationis, accedere teſtem unum omni exceptione majorem, qui pecuniam, quæ ex chirographo petitur numerari viderit, non poterit non judex moveri, quin opinetur actorem bonam cauſam habere: ſed quia hæc probatio ſola & per ſe plenam fidem non facit, quæ ſcilicet ad definiendam controverſiam, & ſententiam ſecundum eum, qui nihil amplius præſtitit, ferendam ſufficiat, hic dicimus, rem ita tranſigi oportere, ut judex in ſupplementum ejus, quod ad juſtam probationem deeſt, actori juſjurandum deferat, eoque ab actore præſtito, ſecundum eum judicet *d. l. admonendi & d. l.* 3. *C. de reb. cred.* Qui hæc negant, & ſuperiorem diſtinctionem non admittunt, illi in arguendo laborant petitione principii, poſtulantes ſibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ, id quod eſt in quæſtione, quæ manifeſta captio eſt. Quæſtio hæc eſt, an omnino jus præſcribat & præcipiat, ne ul-

ne ullum argumentum, aut ulla ratio in judiciis admittatur, niſi ex qua una ſola perfecta rei geſtæ fides adſtruatur? Si hoc verum eſt, non aliæ rationes in judiciis admitti atque à judice audiri debent, quam quæ ſeorſum per ſe ſingulæ ſunt quaſi apodicticæ, non alia inſtrumenta, quam ubi per ſe quodvis ſufficienter probat, eamque fidem judici facit, quæ movere eum poſſit ad ſententiam ſecundum eum, qui iſtud profert, ferendam: At conſequens hoc falſum eſſe ſupra ſatis demonſtratum eſt ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.*

Tertia conditio, qua poteſtas judicis in deferendo jurejurando ſuppletorio limitatur, eſt, ut id deferat cauſa cognita *l. 3. C. de reb. cred.* Hoc autem nihil aliud eſt, quam ut judex ei deferat, cui deferri ob juſtas cauſas æquius eſſe videbitur. Non enim ſtatim, v. c. actori, qui ad probationem aliquid attulit, deferri debet, ſed inſpiciendæ prius perſonarum & cauſæ circumſtantiæ. *c. ult. ext. de jurejur.* Itaque nihil, meo judicio, præciſe hic definiendum: ſed multa examinanda ſunt, priuſquam ad delationem hujus jurisjurandi perveniatur: in primis fides cujusque & conditio perſonæ, qualitas & pondus rei, de qua agitur, teſtium item, qui producuntur, prudentia; denique & probationis modus: ac demum his rebus bene exploratis judex ex animi ſui ſententia æſtimabit, an jusjurandum & utri deferri debeat. Pernicioſe igitur errant judices, qui hoc jusjurandum paſſim & ſine delectu deferunt, de quo queritur Joan. Oldendorp. in *tractat. de probat.* Quædam etiam cauſæ ſunt, in quibus hoc jusjurandum locum non habere tradunt DD. cujusmodi ſunt, cauſæ criminales, utpote in quibus probationes non tantum plenæ eſſe debent, ſed etiam luce meridiana clariores. *l. ult. in fin. C. de probat.* nec admittendæ propter inopiam aliarum probationum [illegible] præſumptivæ, quanis [illegible] probatio per juramentum. *l. 5. pr. ff. de pœn. l. antepen. ff. de quæſt. Sichard. in l. 3. C. de reb. cred. nu. 5.* [illegible] negaverit. *94. nu. 3. Mynſing 2. obſerv. 87. Fachin. 1. contr. 2*[illegible]*. Coſtal. ad l. 3. ff. de jurejur. Diod. Thulden in C. de reb. cred. n* 9. quanquam hic reus interdum admittitur ad jusjurandum purgationis. *Novell.* 124. *c.* 2. unde *auth. novo jure. C. de pœn. jud. qui male jud.* [illegible] *5. & ult. de purg. cau. c. 1. ext. de confeſſ.* Item cauſæ matrimoniales. *Gail d. loc. Covar. de matrim. p. 1. c. 4. §. 1. n. 8.* Item cauſæ civiles arduæ & magnæ quantitatis. *Sichard. d. loc. n 8. Gail. 1. obſerv. 108. n. 11. Mynſing. 1. obſerv* 68. In quibus tamen, ſi plus quam ſemiplene probatum eſt, huic jurijurando locum eſſe volunt, puta ſi cum ſemiplena probatione concurrat aliqua ſuſpicio aut conjectura. *Gail. d. loc. deciſ. 57. Cur. Holland.*

CAP. XLV.

An Judex poſſit ab initio modum ſtatuere jurijurando in litem, & an ex cauſa poſſit id non ſequi, vel à principio non deferre?

Eſt genus aliquod jurisjurandi, quod ob dolum, contumaciam, aut culpam rei ſoli defertur actori, & à noſtris jusjurandum in litem appellatur. Hujus autem duæ ſunt ſpecies, quarum alteram jusjurandum affectionis, alteram veritatis interpretes appellant. Affectionis jusjurandum eſt, quo actor jurat, quanti rem æſtimet ex affectione, quod ſæpe verum rei pretium excedit. *l. 1. l. 8. ff. de in lit. jur.* veritatis, quod jurat actor, quanti rem æſtimet ex vero, ſeu quanti vere ipſius interſit, omni affectione ſemota. *l. 2. §. 1. ff eod.* Prius in ſpecie vocatur in litem: quanquam & poſterius ſic appellatur. *l. 5. § ult. cum l. ſeq. ff. eod.* Poſterius etiam in ſtrictis judiciis defertur, re poſt moram aut culpa debitoris perempta *d. l. 5. §. ult. & l. ſeq.* Prius tantum in judiciis arbitrariis & bonæ fidei, ob dolum aut contumaciam non reſtituentis aut exhibentis. *d. l. 5. pr. & §. 3. l. 8. eod. l. 3. §. 2. ff. commod. l. qui reſtituere. 68. ff de rei vind. cum ſimilib.* Ad hoc poſterius videlicet jusjurandum affectionis pertinet, quod legimus, licere actori in infinitum jurare, atque id etiam judicem ſequi debere, *l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur. d. l. qui reſtituere. §. 1. de rei vind.* nec poteſt dici pejeraſſe, qui ex affectu jurejurando rem æſtimat; quia de arbitrio ſuo & affectu juravit, non de vero pretio, In infinitum autem idem valet, quod

in immenſum, ut id poſtea in *d. l.* 4. §. 2. explicat Ulpianus, id eſt, etiam in eam ſummam, quæ longe rei pretium ac pene modum in eo excedat; dum tamen certa ſumma dicatur, ad quam lis æſtimetur. Hæc enim iſtorum locorum ſententia eſt, nempe quia legibus, quibus de hoc jurejurando cautum eſt, certa quantitas ad quam uſque juretur, non eſt definita, ideo neceſſe non eſſe, ut jurans hic ſervet certum aliquem in jurando modum, ſed poſſe eum ex affectione pro arbitrio ſuo rem æſtimare, & in eo affectioni ſuæ etiam immodice indulgere. Eodem ſenſu Juſtinianus in §. *& unum. 4. Inſt. de hered. inſtit.* dicit poſſe teſtatorem in infinitum quotquot velit heredes inſtituere. In infinitum, id eſt, *εἰς ἀπέραντον*. Ut infinitum iſtic accipiatur pro indefinito incertoque heredum numero. Porro tria de hoc jurejurando inter alia in dubium vocantur. 1. an Judex poſſit ab initio modum huic jurijurando ſtatuere, ad quem uſque juretur. 2. an poſſit aliquando Judex id non ſequi. 3. an poſſit in totum non deferre. Negat hæc omnia *Ant. Faber* 16. *conject.* 17. *& dec.* 18. *err.* 10. contendens nec ab initio taxationem, nec poſtea deminutionem aut abſolutionem judici apud veteres permiſſam fuiſſe: imo nec ab initio non deferendi licentiam. Nos autem conſtanter dicimus poſſe atque olim etiam potuiſſe judicem taxationem huic jurijurando adjicere; poſſe & potuiſſe jusjurandum non ſequi, ſed vel minoris reum condemnare, vel etiam prorſus abſolvere; denique poſſe & potuiſſe id à principio non deferre. Ad hoc autem probandum non eſt neceſſe uti argumentis longe petitis: loci in medio poſiti ſunt veterum Juriſconſultorum Ulpiani, Marciani & Pauli, quibus idem illi, quod nos, & tantum non iiſdem verbis pronuntiant. Et quod ad primum attinet, Ulpianus in *l.* 4. §. 2. *ff. de in lit. jur.* quærit, an judex modum jurijurando ſtatuere poſſit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occaſione juretur in immenſum: & reſpondet etiam h[illegible] arbitrio bonæ fidei judicis co[illegible]gruere. Marcianus in *l.* 5. §. 1. *ff. eod.* poteſt, inquit, judex præfinire certam ſummam, uſque ad quam jur[illegible]ur. In *l.* 3. §. 1. *ff. ad exhib.* Ulpianus ait in actione ad exhibendum notandum eſſe, quod reus con[illegible]max per in litem jusjurandum petitoris damnari ei poſſit, judice quantitatem taxante. Paulus in *l. arbitr*[illegible] 18. *pr. ff. de dol. mal.* ait poſſe per contumaciam ſuam tanti reum condemnari, quanti actor in litem ju[illegible]verit, ſed officio judicis debere in utraque actione (de dolo ſcilicet, & quod metus cauſa) taxatione jus[illegible]randum refrænari. Ex iiſdem locis ſimul intelligimus, jurare quidem in infinitum, ſeu in eam ſummam[illegible] quæ pretium rei longe excedat licere, atque id quoque judicem ſequi, ſed tunc cum taxatio jurijurando a[illegible]ecta non eſt: cæterum ſi judex certam ſummam præfiniverit, ad quam uſque juretur, tum ultra jurare non [illegible]. Non obſtat *l. qui reſtituere. 68. verſ. ſi vero non poteſt. ff. de rei vind.* quoniam verba illa Juriſconſulti, *ſi*[illegible] *taxatione*, minime referenda ſunt ad vocem *damnandus*, ſed conſtruenda & conjungenda cum verbo *juraverit*, ut in ipſo textu. Ut ſit ſenſus, cum juravit nulla taxatione à judice præfinita, id judex ſequi debet. Sed & ſi judex modum jurijurando non ſtatuerit, aut intra modum ſtatutum juratum ſit, poteſt tamen jusjurandum non ſequi, & vel minoris reum condemnare, vel prorſus abſolvere: utique ex magna cauſa & poſtea repertis probationibus. Verba ſunt Ulpiani in *d. l.* 4. §. 3. & eſt arg. in *l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Magna cauſa eſt, veluti ſi doceatur reum non deſiiſſe dolo poſſidere, aut petitorem non eſſe dominum fundi, aut pro parte non eſſe, aut partem duntaxat à reo per contumaciam non eſſe reſtitutam: atque hic locum habet, quod Juriſconſultus ait, poſſe Judicem vel minoris reum condemnare, vel prorſus abſolvere. Nec quicquam mutat *auth. poſt jusjurandum. C. de judic* ubi non agitur de jurejurando affectionis, ſed veritatis, quo impenſæ litis à victore æſtimantur. *Gloſſ. ibidem.* Quod ſi ex novis inſtrumentis hoc jusjurandum retractari poteſt, poterit etiam ab eo appellari. Eſt enim hoc jusjurandum in hujuſmodi caſibus ſimile neceſſario ſeu ſuppletorio, quia utrumque judex non pars parti defert, & defert altera parte invita. Fac. *l. ult.* §. 1. *ff. de appellat. Duar. ad l.* 5. *ff. de in lit. jur.* quanquam in aliis propriis accedit ad voluntarium, quoniam actoris cauſa comparatum eſt, qui idcirco id impune recuſare poteſt, ſi de vera æſtimatione probare velit, ut rectè Bartolus ad *l. ult. ff. de in lit. jur. Borcholt. tr. de in lit. jur. c.* 3. *n.* 27 & eſt in eam rem textus expreſſus in *l. quod ſi poſſeſſor. 71. ff. de rei vind.* Quod vero in *l.* 4. *princ. ff. de in lit. jur.* nominatim de tutoribus & curatoribus refertur, eos ut jurent, cogi non poſſe, id propter ſpecialis dubii in his perſonis rationem notandum fuit, quia ſi recuſent jurare, tutelæ vel curæ judicio de damno inde accepto pulſari poſſunt. Conditio autem in *d. l.* 4. *in fin. pr. ſi velit.* propria eſt hujus jurisjurandi, non adoleſcentis. *Borch. d. tract. de in lit. jur. c.* 3. *num.* 27. *& ſeqq. Donell.* 26. *comm. c.* 12. Quid igitur eſt, quod Paulus in *l. ult. ff. eod.* ſcribit, ex neceſ-

neceſſitate juris in litem jurari? Reſpondeo primum, Paulum non loqui de jurejurando in litem affectionis, ſed veritatis. Deinde, Paulum non intelligere neceſſitatem aliquam juris publici, ſed privati; quia cum æſtimatio rei, quæ non extat, difficillime probari poſſit, neceſſe ſit actori jurare, niſi eam ſibi perire velit: Et denique, ſic Paulum loqui reſpectu judicis, quia judex ſine delatione jurisjurandi non poteſt æſtimare rem, quæ non extat. *l* 5. §. *ult. ff eod.* Illud autem ineptum eſt, quod quidam ajunt, in *d. l. ult.* agi de neceſſitate patiendi delationem jurisjurandi impoſita contumaci, non de neceſſitate impoſita ei, cui defertur: nam neque, ut jam diximus, de jurejurando affectionis, quod ob ſolam contumaciam defertur, illic agitur; neque verbis Juriſconſulti, qui ex neceſſitate juris in litem juravit, talem ſenſum affingent, qui Latine ſciunt, ille jurat ex neceſſitate juris, id eſt, alter eum jurantem pati debet. Quemadmodum autem judex modum jurijurando ſtatuere poteſt, ita & poteſt ab initio in totum non deferre: imo propterea quod judici licet in totum à principio non deferre, ideo & modum jurijurando ſtatuere poteſt, ne ultra certam quantitatem juretur. Ratio & collectio Ulpiani in *d. l.* 4. §. 2. item Marciani in *d. l.* 5. §. 1. *ff eod* & ibi vulg. DD. Poteſt ergo judex & taxare quantitatem, in quam juretur, & ideo poteſt, quia poteſt in totum jusjurandum non deferre. Movere non debet, quod Ulpianus in *d. l.* 4. §. 1. ſcribit, judicem oportere hoc jusjurandum deferre: quippe quo hoc tantum ſignificatur, ſi quo caſu deferendum ſit, a judice deferendum eſſe, non à parte, ad differentiam voluntarii & judicialis. Enimvero non hoc dicimus etiamſi de dolo & contumacia adverſarii aperte & liquide conſtet, eſſe in poteſtate judicis non deferre, ſed ubi de eo ambigitur nec ſatis liquet. Nam quæ judicis arbitrio permiſſa, non in meram ejus voluntatem collata intelliguntur, ſed commiſſa viro bono, cum neceſſitate arbitrandi & ſtatuendi, quod ſibi æquius melius videbitur. *arg. l. ſi ſic legatum.* 75. *ff. de legat.* I. *Duar. ad tit. de in lit jur. num.* 29 *Cujac. ad l.* 5. *eod. n.* 21. Mirabitur jam forte aliquis, quid Ant. Fabrum moverit, ut contra tot expreſſos & claros textus ſuperiora omnia negaverit: neque injuria. Nihil enim ille ad confirmationem opinionis ſuæ profert præter locos in *l. qui reſtituere.* 68. *ff. de rei vindic. l.* 4. *in princ. &* §. 1. *l. ult. ff. de in lit. jur.* in quibus tamen nullum ei præſidium eſſe, ſatis abundeque probavimus: & tamen tam infirmo aut potius nullo auxilio fretus audet alios locos omnes delere aut Triboniano adſcribere, quaſi in iis ipſe ſermo Triboniani eluceat. Ait igitur *d. l.* 4. §. 2. à verbis, *Sed an Judex, &c.* & §. *ſeq.* item *l.* 5. § 1. *&* 2. *ff. de in lit. jur. l arbitrio.* 18. *pr. verſ. ſed officio. ff. de dol. mal.* eſſe ex emblematis & additamentis Triboniani, taxationemque iſtam ignotam veteribus primum à Zenone introductam *l.* 9. *C. unde vi.* Sed profecto tot illuſtres, quos modo citavimus, locos in quibus eſt terſus & emendatiſſimus ac genuinus veterum ſermo, minime redolens Tribonianum, Triboniano adſcribere nimis temerarium eſt. Aliter olent catuli, aliter ſues. Subactæ in Latinitate & legibus Romanis aures facile verba veterum Juriſconſultorum diſcernunt à circumducta & moleſta oratione Juſtiniani aut Triboniani. *Legitimumque modum digitis callemus & aure.*

CAP. XLVI.

An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præſcriptis verbis, & condictio ob cauſam dati.

Contractuum innominatorum quatuor genera facit Paulus in *l.* 5. *pr. ff. de præſcr. verb.* do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias. Ex duobus prioribus duplicem competere actionem, conſtat, præſcriptis verbis, & condictionem ob cauſam dati, quarum alterutra experiri liceat, prout ei, qui dedit, viſum fuerit. *d. l.* 5. §. 1. *&* §. 2. *ff. eod. l.* 7. § 2. *ff. de pact.* Præſcriptis verbis agam, ſi velim, ut ille, cui dedi, etiam ex ſua parte contractum impleat, id eſt, ut & ipſe det vel faciat, quod convenit. Atque hoc caſu ſi non dederit aut fecerit, damnabitur mihi quanti intereſt mea illud, de quo convenit, datum aut factum eſſe, etiamſi de re certa danda convenerit. *d. l.* 5. §. 1. 2. *&* 5. *l.* 4. *&* 2. *ſeqq. C. de rer. permut.* Quod ſi is, cui dedi, ceſſet dare aut facere, & velim meum recipere, hic

altera

altera actione experiri mihi licebit, nempe condictione ob cauſam dati, qua repetam quod datum eſt, quaſi ob rem datum re non ſecuta, *d. l.* 5. §. 1. *&* 2. *l.* 7. *ff. de præſcr. verb.* Hæc autem actio non eſt ex contractu innominato, qui verus eſt contractus, ſed quaſi ex contractu ſeu tacita quadam conventione, & extra id quod expreſſe actum eſt, naſcitur. *l.* 13. *in fin. ff. commod.* Duo enim in utroque hoc articulo, do ut des, do ut facias, aguntur, alterum expreſſe, ut viciſſim des vel facias; quæ conventio efficit contractum innominatum, unde eſt actio præſcriptis verbis in id, quod intereſt: alterum tacite, ut ſi non fiat vel detur, de quo convenit, liceat datum repetere. Atque ex hac quaſi tacita conventione & quaſi contractu oritur condictio hæc ob cauſam dati. Ex duobus autem reliquis articulis, nempe facio ut facias, & facio ut des, utraque ſuperior actio non competit: ſed ut una tantum hic, eaque expreſſa eſt conventio, unuſque contractus innominatus & verus, ita & una duntaxat ex utroque actio. Tacita conventio hic nulla aut quaſi contractus, ex quo ad repetendum condictio ob cauſam dati, quia nihil datum, ſed factum eſt: facta autem repeti non poſſunt, nec infecta per rerum naturam fieri. Quænam igitur actio duobus iſtis caſibus dabitur? Et quidem ex contractu facio ut facias datur actio præſcriptis verbis. *l.* 5. §. 4. *&* 5. *l.* 9. *l.* 12. *ff. de præſc. verb.* condictioni autem ob cauſam dati hic locus eſſe non poteſt, propterea quod, ut dixi, facta repeti nequeunt. Ex contractu autem facio ut des, non alia, quam de dolo dari videtur. *d. l.* 5. §. 3. *l.* 15. §. *fin. ff. eod. l.* 4. *C. de dol.* in cujus ſpecie eſt contractus facio ut des, quia datio ad factum ordinata pro facto habenda. Neque hic condictio ob cauſam dati competit, propter eandem rationem, quia facta repeti aut infecta fieri non poſſunt. Cur autem ex contractu facio ut des non æque datur actio præſcriptis verbis, ac ex reliquis tribus articulis, do ut des, do [illegible] facias, facio ut facias, [illegible] utiliſſimæ diſquiſitionis eſt: nec videtur eſſe perpe- [illegible] *ſi tibi* 22. *ff. de præſcr. verb. l.* 6. *C.* [illegible] *tranſact.* Et ſane his locis etiam ex contractu facio ut des actio præſcriptis verbis datur, contra quam [illegible] diſerte Paulus in *d. l.* 5. §. 3. *ff. de præſcr. verb.* Non enim poſſis cum Donello *tract. de præſcr. verb. c.* 10. [illegible] *ſeqq.* Pauli reſponſum accipere de eo caſu, quo is, qui fecit, à contractu recedere cupit, quo caſu cu[illegible]m condictioni locus eſſe non poſſit, cum facta repeti nequeant, in ejus locum ſuccedat actio de dolo: qu[illegible] in tota illa lege ex profeſſo agitur de actione præſcriptis verbis, non de condictione niſi obiter, quippe qu[illegible] nec ex conventione expreſſa aut contractu innominato, naſcitur, ad quod tamen genus contractuum tota [illegible] illa diſputatio pertinet. Et Paulum intelligere actionem præſcriptis verbis apparet ex §. 2. *in fin d. l.* 5. ubi [illegible] actionem in factum civilem, id eſt, præſcriptis verbis ex articulo do ut facias conceſſiſſet, mox §. *ſeq.* 3. ſubj[illegible] ex articulo facio ut des nullam eſſe civilem actionem, & ideo de dolo dari. Quid quod non niſi inepte [illegible] caſus proponatur, quo quis vult à contractu recedere, ubi nullo modo recedi poteſt, nec pœnitentiæ datur locus? Vetus interpres Azo eumque ſecutus Accurſius in *d. l.* 5. §. 3. & nonnulli alii tum veterum, tum recentiorum ita diſtinguendum eſſe arbitrantur. Cum aliquod contrahitur ſynallagma, quod evenit, quoties ab uno aliquid in alium tranſit, ajunt, ex contractu innominato naſci civilem actionem præſcriptis verbis, ut in *l.* 7. §. 2. *ff. de pact. l.* 5. §. 1. *&* 2. *ff. de præſcript. verb.* idemque eſſe, quoties ex facto unius aliquid ad alium, qui dare debet, pervenit, ut quemadmodum illi ob id factum aliquid abeſt, ita & huic aliquid adſit, ut in *l. ſi poliendа* 22. *ff. d. tit. l.* 6. *C. de tranſact.* Nunquam enim jure civili alicui actionem dari ejus rei nomine, quæ ipſi abeſt, contra eum, cui plane nihil ex eo adeſt. Itaque cum in contractu do ut des, item do ut facias, contrahatur συνάλλαγμα, ſeu negotium civile, etiam civilem actionem præſcriptis verbis ex utroque naſci. At in contractu facio ut des geri quidem etiam negotium, ut conventio hic non ſit nuda, ſed non ſemper tale factum intervenire, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod fundamentum ſit συναλλάγματος & actionis civilis. v. c. Stichum ſervum meum manumiſi, ut mihi Pamphilum dares. Indicavi tibi ſervum tuum fugitivum, ut mihi pro indicio decem dares. Ex priore facto etſi mihi aliquid abeſt, tibi tamen nihil adeſt, nullum commodum pecuniarium inde ad te pervenit. Ex altero nihil mihi abeſt, quamvis tu commodum aliquod occaſione indicii conſequaris. Itaque his caſibus ceſſante actione civili præſcriptis verbis, ſiquidem dolus arguatur, actionem de dolo dari, ſin minus in factum. *d. l.* 5. §. 3. *l.* 15. *in fin. ff. de præſcr. verb.* Cum

autem

autem utrinque de faciendo actum eſt, parem eſſe utriuſque rationem; & quia alias etiam loco facti ſuccedit obligatio in id, quod intereſt, actionem præſcriptis verbis, quæ natura ſua incerta eſt, ſine diſtinctione dari. Antonius autem Faber in *rational. ad d. l. 5. §. 3. & ſeq.* putat in hoc articulo admiſſam eſſe actionem præſcriptis verbis dubitationis tollendæ gratia, cum hic videri poſſit competere actio mandati propter ſimilitudinem negotii, quæ dubitatio, in contractu facio ut des, nulla. Cæterum ut ingenue fatear, quod ſentio, non poſſum ſuperiori diſtinctioni penitus acquieſcere. Nam & in ſpecie *d. l. 15. ff. de præſcr. verb.* quamvis indicanti ſervum fugitivum nihil abſit, tamen propter intercedentem pactionem ob indicium, ait Ulpianus, geri negotium aliquod, ex quo civilis actio oriatur, id eſt, præſcriptis verbis: & licet mox ſubjungat, niſi ſi quis & in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, tamen his verbis non revocat, quod prius dixerat, de actione præſcriptis verbis danda, ſed hoc ſignificat, ſecundum quoſdam, etiam in hac ſpecie actionem de dolo dari, ubi dolus arguitur, relicta actione præſcriptis verbis ubi dolus nullus intervenit. Et hoc congruit ſententiæ Pauli in *d. l. 5. §. 2. in fin. ff. eod.* ubi in tali ſpecie, ſi tibi dedi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres, eoque à te manumiſſo, quem dedi, evictus eſt. Paulus ſcribit, ſi ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem ex ſententia Juliani, ſi ignorans, in factum civilem. Quanquam locus iſte Pauli ſuſpectus merito videtur, propterea quod alibi legimus, Julianum utroque ſuperiore caſu dediſſe actionum extremas quaſi primis deficientibus, in ſcientem quidem de dolo, in ignorantem autem in factum prætoriam, non civilem; atque eo nomine reprehendi à Mauriciano & Ulpiano in *l. 7. §. 2. ff. de pact.* qui putat utroque caſu in factum civilem præſcriptis verbis dandam. Et profecto recte: nam ſi in ignorantem datur actio in factum civilis, hæc eadem danda eſt etiam in ſcientem non de dolo. Et ex contrario ſi in ſcientem datur de dolo, neceſſario in ignorantem danda eſt in factum prætoria, qui certus eſt & perpetuus horum judiciorum ordo. Porro nec illud video, quid interſit ad actionem præſcriptis verbis dandam, utrum ego tibi dederim Stichum, ut Pamphilum manumitteres, cumque tu eum manumiſiſſes, Stichus evictus ſit; an ego Stichum manumiſerim, ut tu Pamphilum mihi dares, & tu ceſſes dare. Neque enim aut illo caſu ex tua manumiſſione quicquam commodi pecuniarii in me tranſit; aut hoc ex mea manumiſſione ad te. Sed hæc potius in medio relinquenda; ſunt enim ἐκ τῶν ἀπόρων: nec ſine cauſa exiſtimat Cujacius ad *l. 7. §. 2. ff. de pact.* verbum illud *civilem* apud Paulum in *d. l. 5. §. 2. in fin. ff. de præſcr. verb.* eſſe additamentum Triboniani, & argumentum imperitiæ Compoſitorum.

CAP. XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum ſolutum eſt, repetitio detur?

QUæſitum eſt, quomodo accipiendum ſit, quod paſſim ſimpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem ſolutum repeti poſſe, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Duplex enim error eſt, unus facti, alter juris. Facti error eſt, cum aut quod factum eſt, factum eſſe neſcitur, aut quod factum non eſt, factum putatur. Contra qui factum quid eſſe ſcit, aut non eſſe factum, & tamen ignorat, quid hic ſibi jure tribuatur, is in jure errat, *l. 1. ff. de jur. & fact. ign.* ubi hæc res exemplis declaratur. Si quis ſciens ſe non debere ſolvat, ceſſare repetitionem juris eſt explorati. *l. 1. §. 1. l. ſi non ſortem. 26. §. indebitum. 3. ff. de cond. indeb.* quippe cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt. *l. cujus 53. ff. de reg. jur.* Et ex contrario certi quoque juris eſt repetitioni locum eſſe, ſi quis cum putaret ſe debere in facto errans, quod non debebat, ſolverit. *l. 6. l. 7. C. de cond. ind. l. error. 7. C. de jur. & fact. ign.* Illud ſolum quæritur, an etiam ei condictio ſive repetitio detur, qui quod non debebat, ſolvit, ductus errore juris. Negant pleriquerecentiores *Cuj. 5. obſ. 39. Duar. ad tit. de cond. ind. c. 3. Donell. 1. comm. 21. Brench. 2. aſſ. 36. Perez in Cod. de cond. ind. 12.* Affirmant interpretes veteres, eoſque ſecuti *Zaſ. ad rubr. de cond. indeb. n. 5. Sichard. ad rubr. & l. C. eod. Weſenb.*

par. cod. n. 9. Thulden. c. eod. n. 4. Grot. lib. 3. introd. ad juriſp. Batav. c. 30. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 8. Bachov. diſput. 4 de act. theſ. 17. Antequam vero ſententiam noſtram aperiamus, quoniam de indebito ſoluto hic quæritur, operæ pretium erit explicare, quid verbo *indebiti* auctores juris intelligant. Et quidem nemo dubitat, quin pro indebito habendum ſit, quod neutro jure, id eſt, neque civili jure neque naturali debetur. Sed quid ſi jure civili quidem debeatur, non autem jure naturali aut è converſo? Si tantum jure civili, id eſt, ſi ex ea obligatione debeatur, cui deeſt vinculum æquitatis, ut ſummo quidem jure eo nomine actio competat, ſed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, tale debitum pro indebito habendum eſt, ejuſque per errorem ſoluti, ut vere indebiti datur repetitio. *l. ſi non ſortem 26. §. 3. l. qui exceptionem 40. l. ſi quis. 43. l. ex his omnibus. 54. ff. de cond. ind.* Nimirum hujuſmodi debitum verbo tantum ita dicitur, re autem debitum non eſt, quoniam naturæ jure non debetur; imo nec vere deberi intelligitur jure civili. *l. 3. §. 1. ff. de pecun. conſtit l. nihil intereſt. 112. ff. de reg. jur.* Naturale autem debitum, ut ut jure civili ſeu ſummo jure debitum non ſit, in hac tamen cauſa pro vero debito habetur, ideoque etſi exigi non poteſt, ſolutum tamen quamvis ab eo, qui etiam civiliter ſe obligatum putabat, non repetitur. Sententia innumeris locis tradita *l. naturales 10. ff. de obl. & act. l. indebiti. 13. l. ſi pœna. 19. l. ſi non ſortem. 26. §. libertus. 12. l. Julianus 60. ff. de cond. ind. l. 3. §. ult. ff. quod quiſq. jur.* Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compenſationem veniat, ſumma ratione denegatur ejus per errorem ſoluti repetitio. Sed etſi debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex cauſa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus ſolutum per errorem non repeti. Hujus generis eſt exceptio rei judicatæ: ſiquidem ſententia Judicis obligationem naturalem conſenſu conſtitutam tollere non poteſt: & ideo quod verus debitor abſolutus ſolvit, repetere eum non poſſe Julianus & Paulus reſponderunt. *d. l. Julian. 60 ff. de cond. ind.* Huc item plerique referunt exceptionem ſenatuſconſulti Macedoniani. Nam & filiusfam. ſi mutuam pecuniam contra ſenatuſconſultum acceperit, & paterfam. poſtea factus perperam ſolverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet. *l. 9. in fin. & l. ſeq. ff. de ſenatuſc. Maced.* Affertur & alia denegandæ ex hac cauſa condictionis ratio in *l. qui exceptionem. 40. ff de cond. ind.* Sed ea non eſt perpetua, ut apparet ex *d. l. Julianus eod.* Atque ego in hac ſpecie omnino diſtinguendum putarem inter errorem juris & facti per *l. ult. ff. de ſenat. Maced.* Igitur & pro debito hic accipiendum, quod natura tantum debetur, & pro indebito, quod debetur tantum jure civili. Enim vero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & ſimul naturalis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod ſi etiam ipſa naturalis obligatio jure civili tota improbetur, qualis eſt mulieris intercedentis. *l. ſi mulier. 16 § 1. ff ad ſenat. Vellej* prodigi promittentis, *l. 6. ff. de verb. obl.* aut alias deſtituta ſit juris civilis auxilio, licet admittat acceſſiones, qualis eſt pupilli ſine tutoris auctoritate contracta; talis debiti quamvis naturalis nulla hic habetur ratio, perindeque repetitio ſoluti datur, ac ſi quod ex ea cauſa ſolutum eſt, ne jure quidem naturali deberetur. *l. qui exceptionem. 40. & l ſeq. ff. de cond. ind. l. 9. C. ad ſen. Vell d. l. 6 ff. de verb. obl.* Ejuſdem generis eſt & obligatio naturalis, quam inducit voluntas teſtatoris vel minus ſolennis, vel legantis ſupra dodrantem bonorum: quanquam hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet. *l. 9. C. ad leg. Falcid. l. 7. C. de cond. ind.*

Jam quod ad quæſtionem propoſitam attinet, ſubſcribo ſententiæ veterum Interpretum, nempe etiam ejus, quod per errorem juris ſolutum eſt, repetitionem eſſe, ſi nulla ſubſit naturalis obligatio. Movet me primum hæc ratio, quod condictio indebiti ex bono & æquo introducta eſt. *l. pen. ff. de cond. ind.* ac proinde non niſi exceptione æquitatis ex adverſo excludi poteſt. Quam vero æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid ſolutum eſt, quantumvis per ignorantiam juris, quod ne natura quidem debebatur, ſive quod cauſa debendi ab initio non valuit, ſive quod effectum non habuit, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compenſetur. *l. 14. ff. de compenſ.* acceſſiones non admittat. *l. 3. §. 1. ff. de pecun. conſtit. l. 7. ff. de fidejuſſ.* cum prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det niſi cum exceptione. *l. nam poſteaquam. 9. ff. de jurejur.* quo tamen & ipſo oſtendit ſe id pro debito non habere; quis credat, ſi id vel per errorem juris ſolutum ſit, repeti non poſſe? Prima enim æquitatis regula eſt, neminem debere cum alterius detrimento fieri locuple-

cupletiorem. *l. nam hoc.* 14. *ff. de cond. ind.* Ut ecce, ſi quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coëgerit, ut promitteret, non poſſum adduci, ut credam exactum ex his cauſis, licet per errorem juris ſolutum ſit, retineri poſſe, atque improbitatem ſuam cuiquam prodeſſe hoc ſolo prætextu, quod ſolvens in jure erravit, ignorans ſe adjuvari potuiſſe exceptione doli mali aut quod metus cauſa. Et ne videamur ſine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens eſt in *l. 7. ff. de cond. ob turp. cauſ.* ubi Pomponius diſerte ait, ex ſtipulatione, quæ per vim extorta eſt, ſi exacta ſit pecunia, repetitionem eſſe. Porro & extra hujuſmodi caſus Julianus poſt Nervam & Atilicinum reſpondit, pecuniam ſolutam ab eo, qui ſe debere putabat, cum exceptione doli mali ſe tueri potuiſſet, repeti poſſe, ac proinde ſolutam errore juris. *l. qui ſe debere.* 7. *ff. de cond. cauſ. dat.* Similes loci ſunt in *l. cum is.* 32. *§.* 1. *l. ſi quis.* 43. *l. ſi fidejuſſor.* 59. *ff. de cond. indeb. l.* 5. *C. eod.* His enim locis agi de errore juris patet ex eo, quod agitur de facto proprio, eoque quod nemo ignorare poteſt, niſi ſumme negligens, quæ ignorantia pro ignorantia juris habetur. *l.* 9. *§.* 2. *ff. de jur. & fact. ign.* nemo enim poteſt proprii facti ignorantiam prætendere. *l.* 7. *ff. ad ſenat. Vell. add. l. mandatum.* 57. *ff. mandat. l.* 1. *princ. ff. ut in poſſ. leg.* Præterea etiam hoc me movet, quod in toto titulo *π. de cond. indeb.* alias ſatis prolixo, nuſquam aut errori facti tantum repetio tribuitur, aut errori juris denegatur; ſed perpetuo tribuitur errori ſimpliciter: ſive quod ſolutum eſt omnino non debeatur, ſive propter exceptionem perpetuam exigi non poſſit: ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiſcunque ſit, non obſtare repetitioni, ſed obſtare ſolventis ſcientiam, & quidem ſolam: quod luculenter probant tum *l.* 1. *§.* 1. *& l. ſi non ſortem.* 26. *§.* 3. *ff. eod.* tum ratio, ob quam placet eum, qui ſciens indebitum ſolvit, non repetere, nimirum quia donaſſe intelligitur. *l.* 53. *ff. de reg. jur. l.* 7. *C. de cond. ob cauſ. dat.* quod ſane de eo, qui ſe obligatum & neceſſitate ſolvendi adſtrictum putavit, dici non poteſt, nec aliam ob cauſam in ſpecie *l.* 1. *pr. ff. ut in poſſ. leg.* condictio ſatisdationis conceditur jus ignoranti, ſcienti denegatur. Poſtremo vel maxime me illud movet, quod à Papiniano reſponſum eſt in *l.* 8. *ff. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei ſuæ ignorantiam juris nocere. Ex eo enim perſpicue evincere mihi videor, etiam id quod per errorem juris indebitum ſolutum eſt, condici poſſe: nam ſi hoc negamus, illud fateamur neceſſe eſt, errorem juris etiam in amittenda re ſua cuique nocere, contra ſententiam Papiniani. Neque video quid ad hoc reſponderi poſſit ſine cavillatione. Nam certe illa Neotericorum reſponſio captioſa eſt, quod condicens non laborat de re amittenda, ſed de re amiſſa: ſi enim per errorem juris ſolvens ita rem ſuam amittit, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei ſuæ ei nocet. Neque vero hic de tempore condictionis inſtituendæ quæritur, ſed factæ ſolutionis, negatque Papinianus errantem in jure rem ſuam amittere, videlicet ſic, ut eam nunquam poſſit recuperare. Et tantum non ridiculum eſt, quod ajunt errorem juris ſolventi profuturum ad lucrum, ſi rem recuperaret, eo quod translato per ſolutionem rei dominio, jam de novo eam acquirere videatur. Quaſi vero damno non afficiatur, qui dominium rei ſuæ in perpetuum amittit, aut lucrum ſentiat, cui damnum reſarcitur. Lucrum non intelligitur, niſi quod deducto damno ſupereſt: nihil autem amplius hac condictione recuperatur, quam quod damnum abſtulit. Et omnino quod idem Papinianus in *l.* 7. *ff. de jur. & fact. ign.* definit, ignorantiam juris ſuum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Nec obſtat huic definitioni *l. ſi fidejuſſor.* 29. *§.* 1. *ff. mand.* nam illic proponitur ſpecies, ubi duo de damno vitando laborant: debitor, qui exceptione perpetua ſe tueri poterat, & fidejuſſor, qui cum factum non ignoraret, jure errans ſolvit: negaturque hoc caſu competere fidejuſſori actionem mandati: de condictione autem nullum ibi verbum. Ex iiſdem locis aperti erroris convincuntur, qui eandem ſcientiæ & ignorantiæ juris rationem eſſe volunt. Quid enim ſi accipiens quoque in jure erret, dicentne hunc furem eſſe? aut ſi ſciat eſſe indebitum & creditorem ſe ſimulet, negabunt eſſe furem, propterea quod ſolvens eo quod in jure errat, pro ſciente & donante habeatur? *vid. l. quoniam* 18. *ff. de cond. furt. l. falſus.* 43. *pr. ff. de furt.* Quid ergo eſt? Acquirere volentibus juris error non prodeſt. *d. l.* 7. *ff. de jur. & facti ign.* exempla in *l.* 4. *ff. eod. l.* 10. *ff. de bon. poſſ. l. nunquam.* 31. *ff. de uſuc. l.* 11. *C. de juris & facti ign.* ſuum vero petentibus & in damnis amittendæ rei ſuæ non nocet. *d. l.* 7. *& d. l.* 8. Et

quod

quod dicitur juris ignorantiam nocere, *l. 9. ff. eod.* ſic accipiendum eſt, non prodeſſe, lucro non afficere: cæterum nec damno. Enimvero meminiſſe oportet ejus, quod initio dixi, ita errorem juris non impedire, quominus ſolutum repeti poſſit, ſi nulla ſubſit naturalis obligatio. Quod ſi is, qui ſolvit, natura qualis qualis debitor eſt, quæ res ſimul juſtam retinendi cauſam accipienti tribuat, hoc ſane caſu diſtinguendum erit inter errorem juris & facti, ut in facti errore concedatur, in errore juris denegetur repetitio. Ut ecce, cum eſſem filiusfam. mutuam pecuniam contra ſenatusconſultum accepi, & paterfam. factus ſolvi, ſi per ignorantiam juris, non repetam, ſi per errorem facti, contra, *arg. l. qui exceptionem. 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. ſeq. junct. l. ult. ff. de ſenat. Maced.* Solvi fideicommiſſum ſecundum voluntatem teſtatoris, ſed minus ſolennem, quia fortè quinque teſtes non adfuerant, qui numerus in fideicommiſſis legitimus eſt. *§. ult. Inſt. de fideic. hered.* Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia, ſi errore facti, repetitionem habeo, ſi errore juris, non item. *l. 2. C ſi adv. ſolut. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falcid.* Non equidem ideo, quod hic ſolus error juris mihi noceat, ſed quod ſimul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas teſtatoris, *arg. l. 2. C. de fideicomm. l. in teſtamento, 38. de fideic. libert. l. 5. §. ſi quis. 15. ff. de don. int. vir. & ux* juſtam facit retentionem. Et hoc puto ſignificare Grotium, *lib. 3. introd. ad juriſpr. Bat. c. 30.* his verbis: *Tenvvaer eenige rechtmatige reden tot te betalinge hadde ghedient.* Atque ad hujusmodi aut ſimiles caſus accommodandi ſunt & alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur, ut in *l. 10. C. de jur. & facti ign. l. 6. C. de cond. ind.* Nam profecto ob hoc ſolum quod ego in jure erravi, tu juſtam retinendi, quod tibi nullo jure debetur, cauſam habere non potes: & hic melius eſt favere repetitioni, quam adventitio lucro. *arg. l. non debet. 41. §. 1. ff. de reg. jur.*

CAP. XLVIII.

An mulier ex quavis cauſa etiam extra judicium efficaciter renuntiet ſenatusconſulto Vellejano?

FOeminæ non minus quam maſculi ex contractibus ſuis obligantur. Excepta eſt interceſſio ſenatusconſulti Vellejani providentia. Id autem ideo ſenatus providit, ne fœminæ virilibus officiis (cujus generis eſt & interceſſio. *l. 2. ff. de reg jur.*) fungerentur. Et hoc officium eo magis eis adimendum fuit, quia in eo non ſola opera nudumque miniſterium verſatur, ſed etiam periculum rei familiaris *l. 1. pr. & §. 1. ff. ad ſenat. Vellejan.* Et proinde proſpexit ſenatus, ne remoto præſentis periculi metu alienam obligationem facilitate ſua ſuſcipiendo (ut eſt ſexus avarus quidem, ſed incautus, non proſpiciens damnum, quod ante oculos poſitum non eſt) obſtringerentur. *l. 2. §. 2. ff. eod.* Subvenit autem ita mulieri, ut ſi de interceſſione conſtet, nulla actio petitiove adverſus eam detur: aut ſi hoc non ſatis liqueat, detur mulieri exceptio, qua probata non teneatur *arg. l. 9. pr. de jurejur.* totam denique obligationem ſenatus improbavit. *l. 6. § 1. ff. ad ſenat. Vellej.* Sunt autem nonnulli caſus, quibus ceſſat ſenatusconſulti auxilum 1. ſi mulier ſe obligavit pro manumiſſione. *l pen. C. eod.* 2. ſi pro dote *l. 12. l. ult C. eod.* 3. ſi in rem ſuam, puta pro ſuo procuratore fidejuſſit. *l. 3. l. aliquando. 13. l. ſi pro 21. & l. ſeq. ff. eod.* 4. ſi apud minorem interceſſit pro debitore inope *l. 12. ff. de minorib.* 5. ſi dolo eum deceperit, cui ſe obligavit. *l. 2. §. 3. l. ſi decipiendi. 30 ff. ad ſenat. Vell. l. 5. C. eod.* 6. ſi precium interceſſionis acceperit. *l. antiqua. 23. Cod. eod.* 7. ſi debitori principali ſucceſſerit, pro quo ſe obligaverat. *l. 8. §. planè. 13. ff. eod.* 8. ſi interceſſionem ante biennium factam poſt biennium confirmaverit, atque ſe obligaverit iterato. *l. ſi mulier. 22. C. eod.* ſed pro extraneo nempe, non pro marito: nam ſi pro marito interceſſerit, etſi ſæpius interceſſionem repetiit, tamen interceſſio inutilis eſt. *auth ſi qua mulier. C. eod.* 9. ſi beneficio ſenatusconſulti renuntiaverit, quod citra controverſiam receptum eſt in duabus cauſis; in tutela liberorum à matre aut avia ſuſcepta. *auth. matri & aviæ. C. quando mul. tut.* item ſi pro eo, pro quo mulier interceſſit, parata ſit judicium accipere, ejus liberandi cauſa, *l. ult. §. pen. ff. ad ſenat. Vell.* quorum alterum rei neceſſitas expreſſit, recepta ſcilicet matris & aviæ

tutela;

tutela; alterum juris, quippe quod admiſſa ſolutione omnino conſequens fuit. *l. ſolutione. 23. ff. de ſolut.* Illud autem quæritur, an mulier etiam ex quavis alia cauſa extra prædictas efficaciter renuntiet ſenatusconſulto, non quidem in foro, ubi ſententiæ numerari ſolent, ſed in Academiis, ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur hæc ſententia, tanquam communis, mulierem ex quavis cauſa etiam extra judicium renuntiantem ſenatusconſulto ex interceſſione ſua obligari, utique ſi de jure ſibi competenti, & vi ſenatusconſulti probe edocta ſit: quanquam nec ubique hoc receptum videtur, & dubium eſt, an hæc ſit communis opinio, ut patet ex iis, quæ traduntur à Gomeſio *lib. 2. var. reſol. c. 13. n. 17. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 36.* & aliis. Sed ut hæc ſit communis & recepta uſu forenſi ſententia, ego tamen cum *Alberico, Bart. Bald. Caſtr. Salic. Alciat. Gomeſ. ubi ſup. & aliis ibid. & apud Soar. in addit.* citatis, veriorem eſſe judico ſententiam contrariam, nimirum mulierem extra cauſas memoratas, quarum propria, ut diximus, ratio eſt; renuntiantem ſenatusconſulto ex interceſſione non magis obligari, quam ſi interceſſerit ſine renuntiatione. Hoc enim omnino conſequens eſt, ampliſſimi ordinis providentiæ totam interceſſionem improbantis, idque etiam publicæ honeſtatis cauſa, quod intercedere civile & virile officium videatur. *l. 1. l. 2. §. 1. l. 16. §. 1. ff. ad ſenat. Vell. l. 2. de reg. jur.* Et alioqui admiſſa contraria opinione levi momento prudens ſenatus conſilium eludi atque inutile reddi poterit: quippe cum eadem fragilitate & levitate, qua mulier intercedit, etiam renuntiatura ſit: nempe ubi nullum præſens damnum eſt, tam facile ſe induci patietur: ut renuntiet, quam ut intercedat. Quid quod ipſa renunciatio vel maxime interceſſio eſt, utpote quæ interceſſionis confirmandæ gratia interponitur? Nihil in contrarium facit, quod mulierem de jure ſuo certiorari volunt: quoniam certioratio neque augere, neque minuere obligationem poteſt, neque ſufficit ea res ad imbecillum, & captionibus ſuppoſitum ſexum deterrendum ab interceſſione, ubi nullum præſens periculum metuitur. Cumque finis certiorationis ſit cognitio auxilii, nihilominus tamen mulieres ut maxime juris ſui conſciæ ſint ſenatusconſulto juvari conſtat: & ſemper hic militat ratio ducta à cauſa tum impellente tum finali, ne mulieres ex aliena obligatione damnum ſentiant. Accedit huc, quod mulier etiam iterato intercedens juvetur: nam & in ſecunda promiſſione interceſſio eſt, ut inquit Juriſconſultus in *l. doli. 19. verſ. diverſum. ff. de novat.* Atque renuntiatio non videtur eſſe efficacior interceſſione repetita. Quod vero conſtitutum eſt à Juſtiniano in *l. ſi mulier. 22. C. ad ſenat. Vell.* ut iterata ſeu repetita poſt biennium interceſſio ſenatusconſulti auxilium excludat, id ſpecialem rationem habet, quæ etiam illic adjicitur, nimirum quod mulier tunc non tam pro aliena obligatione, quam pro ſua intercedere videatur, & proprium negotium gerere. Utique ſecus eſt, ſi ante biennium cautionem repetierit. Eſt & aliud hujus ſententiæ argumentum in *l. antiqua. 23. §. 1. C. ad ſenat. Vell.* ubi eo caſu mulieri datur exceptio ſenatusconſulti, cum inſtrumento publice confecto & tribus teſtibus ſubſignato interceſſio facta eſt, & ita ut hoc ſolo caſu ipſo jure teneatur, eique exceptio ſit neceſſaria, alias ſenatusconſulti auxilium non deſideret. Quod ſi igitur mulieri non obſtat interceſſio tam ſolennis, quominus locus ſit ſenatusconſulto, multo magis locum habebit in ſimplici renuntiatione. Utique enim non verbis, ſed rebus leges poſitæ ſunt: & quæ tam ſolenniter intercedit, ſerium profecto animum ſe obligandi habere oſtendit, taciteque hoc ipſo videtur ſenatus auxilio renuntiare, cum alias dolus præſumi poſſit. Et bona igitur hæc connexio eſt: Si mulieri etiam tunc ſuccurritur, cum inſtrumento publico trium teſtium ſubſignatione firmato interceſſit: multo magis ei ſuccurrendum eſt, cum tantum ſimpliciter exceptioni ſenatusconſulti renuntiavit. Non obſtat regula tradita in *l. pen. C. de pact.* quod unusquisque licentiam habet juri pro ſe introducto renuntiare. Illa enim regula officium ſuum perdit, quando vel ætas, vel fragilitas perſonæ, aut alia conſideratio privilegio locum facit. *arg. l. alia. 14. §. 1. ff. ſolut. matrim.* ut recte *Alciat. in l. pen. C. de pact.* Senatus autem cum improbat interceſſionem & inde natam obligationem, opem quidem fert mulieribus, ſed tum propter ſexus imbecillitatem multis captionibus obnoxii, tum etiam intuitu publicæ honeſtatis, eo quod intercedere ſit virile & civile officium. *l. 1. & l. 2. ff. ad ſenat. Vell. l. 2. ff. de reg. jur.* Et alias, ut dixi, prudens ſenatus conſilium nullo negotio eludi poſſet. Fundatur maxime contraria opinio in *l. ult. §. pen. ff. ad ſenat. Vell.* ubi Juriſconſultus ait, ſi mulier pro eo, pro quo interceſſit, parata ſit judicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, eam cavere debere, ſe ſenatusconſulti exceptione non uſuram. Sed in quam

neceſſitas juris in hoc caſu renuntiationem admiſit vel potius extorſit. Etenim hoc admiſſo, quod mulier pro debitore recte ſolvit, *l.* 4. *ff. l.* 4. *C. eod.* conſequens omnino eſt, ut ei liceat & judicium pro debitore accipere liberandi ejus cauſa, quoniam & hoc pro ſolutione eſt, & unicuique licet etiam debitore invito. *l. ſolutione.* 23. *ff. de ſolut.* Nimirum ſi vellet ſolvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, ſed prius poſtulat de debito ſibi liquere per judicem, & aperte æquum poſtulat, dummodo de ſolutione futura certus reddatur actor; & ideo ne ille decipiatur, non alia conditione mulierem judicium pro alio ſuſcipientem audiri recte placuit, quam ſi caveat, ſe, ſi condemnetur, auxilio ſenatusconſulti non uſuram, idque in jure apud prætorem ſive magiſtratum, cujus auctoritas eludi non debet. Indicant hoc non obſcurè extrema *d. l. ult. §. pen.* verba, *& ſic ad judicem ire*. i. poſt renuntiationem in jure apud prætorem factam ire ad eum judicem quem prætor dediſſet, ex uſitato & ordinario more judiciorum. Fallitur veteris ordinis judiciarii ignorantia Andreas Fachinæus *lib.* 2. *cont.* 59. dum hunc locum etiam de cautione extra judicium ſive non in jure facta accipi poſſe putat. Neque enim protinus ad judicem ibatur: ſed prætor prius adeundus erat judicii conſtituendi gratia, quo demum conſtituto & facta litigandi poteſtate, ibatur ad judicem, quem prætor dederat judicii inſtituendi & contendendi cauſa, qua de re conſulendi antiquitatis indagatores, Briſſonius, Hotomannus, Sigonius.

CAP. XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compenſationem veniat?

COmpenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio. *l.* 1. *de compenſ.* verbi cauſa, tu mihi debes centum ex cauſa mutui: ego viciſſim tibi debeo tantundem ex cauſa emptionis: agis mecum & petis centum iſta, quæ tibi debeo ex cauſa emptionis: ego peto, ut compenſatio fiat ejus pecuniæ, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex cauſa mutui. Hæc contributio dicitur compenſatio. Ut autem compenſationi ſit locus, exigitur, ut quantitas [illegible] pecunia utrinque debeatur. Omnino enim probamus ſententiam vulgo receptam, neque ſpeciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum ſpecie ab eo petita compenſari poſſe, multoque minus ſpeciem cum ſpecie. Idque vel etymologia verbi ſatis confirmat, quo nihil aliud, quam debitæ invicem pecuniæ contributio ſignificatur; niſi forte quis abuſive loquatur, eoque verbo intelligat retentionem, quod feciſſe videtur Juriſconſultus in *l. in rebus.* 18. *§. ult. ff. commod. & l.* 7. *§. ob donationes.* 5. *ff. ſoluto matrim.* Utique non poteſt dici æqua præſtatio ac tantundem reddi niſi cum res quantitate conſtantes eadem quantitate redduntur vel mutuo imputantur. Quod ſi in aliis rebus, quam quæ functionem in genere ſuo recipiunt, compenſatio admittatur, aliud cum alio compenſari poterit: quod non magis licere debet, quam aliud pro alio invito creditore ſolvere. *arg. l.* 4. *C. de compenſ. junct. l.* 2. *§.* 1. *ff. de reb. cred.* Non inquam magis, quam ut quis cogatur rem ſuam vendere, aut alienam emere, aut ſuam cum aliena permutare: & faciunt hoc textus in *l. ſi convenerit.* 18. *princ. ff. de pign. act. l.* 4. *l. ſi debeat.* 22. *ff. de compenſ. l.* 4. *C. eod. Paul.* 2. *ſent.* 5. *Mercer.* 1. *opin.* 14. *Zanger. de except. p.* 3. *cap.* 8. *num* 108. latè *Schifordeg. lib.* 1. *ad Ant. Fabr. tract.* 2. *quæſt.* 2. *& ſeqq. Donell. ad §.* 30. *Inſt. de act. num.* 12. *& lib.* 16. *comm. cap.* 15. *Tulden in C. de compenſ. num.* 3. Itaque quod dicitur in omnibus actionibus compenſationem opponi poſſe, ſic intelligendum eſt, ſi res debita non impediat, & ponendi termini habiles, ſcilicet cum utrimque pecunia debetur; alias enim opus eſt mutua petitione ſeu reconventione, ut nunc loquuntur, *l.* 14. *& auth. & conſequenter. Cod. de ſent. & interlocut.* Cæterum hæc miſſa facio, & ad quæſtionem propoſitam accedo. Cum compenſatio ſit debiti & crediti mutua contributio, quæſitum eſt, an cujusvis debiti nomine compenſatione uti liceat, & nominatim an debitor conventus à creditore ſuo, qui viciſſim ei obligatus eſt, ſed naturaliter tantum, naturale

hoc debitum cum alio naturali & civili ſimul compenſare poſſit. Quin debitum, quod cum effectu peti poteſt compenſari cum alio queat, nulla dubiratio eſt, ſicut ex converſo, quod ſummo jure debitum per exceptionem perpetuam poteſt removeri, puta pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi, &c. ad compenſationem non pertinere in confeſſo eſt, *l. quæcunque.* 14. *ff. de compenſ.* utpote cujus etiam per errorem ſoluti repetitio datur. *l ſi non ſortem.* 26. §. 3. *l. qui exceptionem.* 40. *ff. de cond. indeb. cum ſimi'.* Tantum quæritur de debito naturali, an id etiam in compenſationem deduci poſſit. Et puto poſſe: nam cum hujus debiti, licet per errorem ſoluti, non ſit repetitio, conſequens eſt poſſe hoc ipſum & cum alio quovis debito compenſari. Ratio eſt, quia compenſatio non alia de cauſa debitorem liberat, quam quod & ipſa numerationem quandam brevi manu continet, & pro ſolurione ipſo jure habetur. *l.* 4. *C. de compenſ. l.* 10. *ff. eod. l.* 4. *ff. qui pot. in pign.* Et ſecundum hoc diſerte ab Ulpiano reſponſum eſt, etiam id, quod naturaliter debetur, in compenſationem venire. *l.* 6. *ff de compenſ.* Nimirum compenſatio ſpecies quædam eſt defenſionis, & quodammodo exceptionis, paritque retentionem, qui unus eſt ex effectibus naturalis obligationis. *l.* 4. *l. ob negotium. ff. eod.* Et toto errant judicio, qui compenſationem referunt ad merum jus civile, cum ea potius mera nitatur æquitate: unde æquitas compenſationis. *l. in rem.* 18. *ff. l.* 5. *l.* 6. *C. eod. l. inter* 36. *ff. de admin tut.* Non deſunt tamen, qui ſimpliciter negant naturale debitum compenſari poſſe cum eo quod naturaliter & civiliter ſimul debetur. Sed utuntur illi exemplis à ſtatu controverſiæ alienis, & inſcite admodum argumentantur. Etenim naturale debitum hic intelligi oportet non quodvis, quod natura debetur; non quod in totum aut quoad effectus principales deſtituitur juris civilis auxilio, quale eſt mulieris intercedentis, prodigi promittentis, filiifam. mutuam pecuniam accipientis, pupilli ſine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate teſtatoris minus ſolenni, &c. cujuſmodi obligationum naturalium exempla illi proferunt; (dubites, an bona fide, quia nemini unquam in mentem venit ex obligatione naturali ſic deſtituta jure civili, ut etiam quod ex ea per errorem ſolutum eſt, poſſit repeti, admittere compenſationem,) ſed tale, quod ex couventione deſcendens eoſdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum ſimul, una actione excepta: & adeo cujus nec per errorem ſoluti repetitio eſt: quale ſcilicet debitum ſeu naturalem obligationem auctores juris paſſim intelligunt, cum ajunt aut negant aliquem naturaliter obligari. *l. naturaliter.* 13. *l. ſi pœna.* 19. *l. frater à fratre.* 38. *l. quod pupillus.* 41. *l. ſi quod.* 64. *ff. de cond. indeb. l. naturales.* 10. *l. pupillus.* 95. *ff. de oblig. & l.* 5. §. 2. *ff. de ſolut. & ſimilib.* Finge igitur uſuras fœneris pecuniæ pacto promiſſas, hæ etſi exigi non poſſunt, ſolutæ tamen non repetuntur, quoniam naturaliter ex conventione debentur, *l.* 3. *C. de uſur.* ac proinde etiam cum alio debito compenſari poterunt. Finge patrem pecuniam credidiſſe filio, quem in poteſtate habebat, vel fratrem fratri συνυπεξουσίω, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obligatur, ſed naturaliter duntaxat. *l. frater à fratre.* 38. *ff. de cond. indeb.* ſi tamen is filius poſtea emancipatus cum patre aut fratre contrahendo eos civiliter obligaverit, & debitum petat, recte pater aut frater compenſabunt pecuniam à ſe creditam propter obligationem naturalem, *d. l.* 6. *ff. de compenſ.* Similia exempla peti poſſunt ex *l.* 6. §. *ſicut autem.* 4. *ff. de pecul. leg. l. naturaliter.* 13. *ff. de cond. indeb. l. ſervus.* 14. *ff. de oblig. & act.* Nihil plane pro contraria ſententia facit, quod Javolenus reſpondet in compenſationem non venire, quæ per exceptionem perimi poſſunt, *l. quæcunque.* 14. *ff. de compenſ.* Nam quæ (malum) hæc argumentatio eſt; Quod per exceptionem perimi poteſt, in compenſationem non venit, ergo nec quod natura debetur. Si hoc procedit, etiam illud procedet: Quod per exceptionem perimi poteſt, ejus per errorem ſoluti eſt repetitio. *l. qui exceptionem.* 40. *l. ex his.* 54. *ff. de cond. indeb.* ergo & debiti naturalis. Quis unquam fando audivit procedere argumentum à vero indebito, eoque quod vi ipſa nullo jure debetur. *l.* 3. §. 1. *ff. de conſt. pec. l. nihil.* 112. *ff. de reg. jur.* ad debitum verum & naturale, ad quod ſolvendum jure gentium adſtringimur. *l. cum amplius.* 84. §. 1. *ff. de reg. jur.* licet jure civili exigi nequeat; denique à remotione iniqui ad remotionem æqui? Sic dicam, debitum civile tantum non poteſt conſtitui. *d. l.* 3. §. 1. *de conſt. pec.* ergo nec debitum naturale, contra textum expreſſum in *l.* 1. §. *debitum.* 7. *eod. tit.* Denique quid tam ridiculum, dicam an ſtultum, quam ſic argumentari; Si id quod natura non debetur, non poteſt compenſari, ergo nec id compenſari poteſt, quod natura debetur?

Hæc tamen eorum collectio eſt. Præterea naturale debitum vi exceptionis non perimitur, ſed ob defectum actionis non petitur: longeque aliud eſt debitum, quod peti non poteſt, non tam jure deficiente, quam actione: aliud quod peti quidem ſummo jure poteſt, ſed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim vere debetur, & ſine exceptione, quamvis exigi jure civili non poſſit: hoc autem vi ipſa pro non debita eſt. *l. Marcellus.* 66. *l. nihil.* 112. *ff. de reg. jur.* Quod vero ajunt, naturale debitum per exceptionem utique late dictam, quæ facti & intentionis interpretibus vocetur, perimi oppido quam indoctum eſt. Nam allegationes illæ reorum, quæ vulgo exceptiones facti dicuntur, nihil aliud ſunt, quam inficiationes conjunctæ cum novi facti affirmatione, veluti ſi quis judicio conventus ex ea cauſa, ex qua actio jure competit, neget ſe debere, propterea quod actio illa ipſo jure ſublata ſit, puta ſolutione, acceptilatione, rei interitu: cujusmodi affirmatio cum in judicium deducatur, ac proinde à debitore probanda ſit, *l.* 1. *Cod. de prob.* prope abeſt à natura exceptionis. Nemini autem interpretum vel per ſomnium unquam in mentem venit, ut putaverit idem locum habere etiam in debito naturali, in quo qui ſe fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit & quo caſu debitor de facto conventus, nihil ſit affirmaturus, nihil in judicium deducturus nec probaturus, ſed ad defenſionem ſuam ſimplici uſurus inficiatione, id eſt, negaturus ullam actori proditam actionem de eo quod petitur. Quid quod ridicule juberet prætor de eo apud judicem queri, quod ſibi exploratum & apud partes confeſſum eſt? Verus debitor, inquiunt, etiamſi ſententia judicis abſolutus ſit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo ſi neglecta rei judicatæ exceptione ſolverit, non repetit: utrumque verum eſt *l. Julianus.* 60. *ff. de cond. ind.* addunt, nec cum eo, quod ex alia cauſa naturaliter & civiliter debet, compenſat, quod quid ſit, non capio. Quid [illegible] monſtri eſt, debitor quod naturaliter tantum debet, non compenſat cum eo, quod ex alia cauſa naturaliter & civiliter debet? An debitor ipſe ſecum penſat, aut an is, qui naturaliter debet, penſat cum alio? Nemo ſanus hoc dixerit: ſed is, cui naturaliter debetur: judicio conventus poteſt hoc debitum penſare cum eo, quod ipſe civiliter petitori debet, & ſic naturalis debitor patitur compenſationem, perindeque habetur, ac ſi ſolviſſet, nihil præſidii habent in *l.* 2. *C. de compenſ.* illic enim non agitur debitore abſoluto, ut imperitè illi, ſed de condemnato, qui & judicatum fecerat, negaturque hunc ab eodem creditore ex alia cauſa conventum compenſare poſſe, quod ante ex cauſa judicati ſolvit. Ratio eſt, quia qui ex hac cauſa ſolvit non indebitum, ſed debitum ſolvit, cujus ſoluti nulla repetitio eſt, ut ibidem ſignificatur. Et hactenus verum eſt quod ajunt, quod ſolutum non repetitur, id in compenſationem deduci non poſſe: nullum enim verum debitum, quod ſemel ſolutum eſt, aut repetitur, aut in compenſationem deducitur. Qui ex cauſa judicati quod debet, ſolvit, is nec repetere ſolutum, nec ex alia cauſa à creditore conventus compenſatione uti poteſt: cæterum ſi ante ſolutionem judicati conveniatur, compenſationem pecuniæ ſibi ex alia cauſa debitæ implorare non prohibetur. *dict. l.* 2. *Cod. de compenſ.* Quod ſi hæc eorum ſententia eſt, cujus debiti ſoluti ceſſat repetitio, ejus nondum ſoluti nec eſſe compenſationem, jam nullum verum debitum compenſari cum alio poterit, quia nullius veri debiti ſoluti repetitio eſt. Ejuſdem commatis eſt & hæc eorundem argumentatio: Ex naturali obligatione nulla naſcitur actio; at qui compenſatione utitur, agere videtur & mutuo petere. *l. amplius.* 15. *rat. rem. hab. l.* 6. *C de compenſ.* ergo debitum naturale cum alio debito compenſari non poteſt. Perinde enim hoc eſt ac ſi hoc modo colligerem: Qui non poteſt agere, non poteſt excipere, quia qui exceptione utitur; agere videtur. *l.* 1. *ff. de except. d. l. amplius.* Ex naturali obligatione nulla naſcitur actio, ergo nec ſolutum ex naturali obligatione accipi & retineri poteſt, quia qui ſolutum, licet ſine judicio, accipit, petere videtur. Item, qui non poteſt agere, non poteſt deducere, quia qui deductione utitur, petere videtur. *d. l. amplius.* Quis hæc aut ſimilia non explodat? Quærit Juriſconſultus in *d. l. amplius.* quando ſtipulatio hæc, *amplius non peti*, commiſſa intelligatur: & ait eam committi non tantum cum res judicio petita eſt, ſed etiam cum ſine judicio, forte ab ignorante, pecunia ſoluta eſt: ubi tamen revera nulla petitio intervenit: nempe quia qui promiſit amplius non peti, vi ipſa contra ſtipulationem facit pecuniam accipiendo: eandemque rationem eſſe ait ejus, qui compenſatione aut deductione utitur, quia & is petere videtur, quanquam retinendo aut excipiendo: idque probat exemplo heredis damnati non petere.

Minime

Minime vero novum eſt, ut ei, qui ultro agere aut petere non poteſt, actione ab alio inſtituta ex æquitate officio judicis ſuccurratur, & tantum conſequatur per exceptionem, aliamve defenſionem aut retentionem, quantum conſequeretur inſtituta, ſi quam haberet, actione. *l. plane.* 38. *ff. de hered. petit. l. ſumptus.* 48. *ff. de rei vind. l. ex quibus.* 51. *ff. de cond. ind. l. Paulus.* 14. *ff de doli mali exc. l. heres.* 21. *ff. ad ſenat. Trebell. l.* 4. *C. de uſur.* In compenſatione autem eſt defenſio & retentio. *l.* 4. *l. ob negotium.* 20. *ff. de compenſ.* Nec melior hiſce argumentis eſt eorum reſponſio ad locum Ulpiani in *l.* 6. *ff. eod.* ubi aperte & rotunde Juriſconſultus pronuntiat etiam quod natura debetur, in compenſationem venire. Ajunt enim locum iſtum reſtringendum eſſe ad caſum ſpecialem, quo naturale debitum etiam ultro peti, & invito extorqueri poteſt, quale ſit pupilli, locupletioris facti ex contractu ſine tutoris auctoritate inito. *arg. l.* 5. *pr. de auct. tut.* Quaſi vero Ulpianus ſic generaliter definiens de hoc uno tantum caſu ſomniaſſet? aut ex quo Divus Pius etiam actionem in pupillum dedit, in quantum locupletior factus eſt, non ſimul civilis eſſe cœperit hæc pupilli obligatio. *arg. pr. & §.* 1. *Inſt. de oblig.* §. 3. *Inſt. de act. l.* 6. *ff. de pact.* aut ante Divum Pium locupletior factus naturaliter obligatus non fuerit, aut non ita, ut pati debuerit compenſationem: cum tamen propter ſummam hujus naturalis obligationis æquitatem ſolutum condicere non potuerit. *l. naturaliter.* 13. §. 1. *cum l. ſeq. ff. de cond. indeb.* cui omnino conſequens, ut & compenſationem admittere debuerit, per ea quæ allegata ſuperius. Unum adhuc removendum ſupereſt, quod fere prætericram, nempe quod ex eo, quod compenſatio definitur debiti & crediti contributio, inferunt æquale utrinque debitum & creditum intelligi oportere. Hoc, inquam, non plus ponderis, quam cætera, habet. Nam æquale debitum haberi debet, quod æquali jure cum debito naturali & civili ſimul, in cauſa, de qua agitur cenſetur, ut hic in cauſa compenſationis. Sic in cauſis conſtitutæ pecuniæ, condictionis indebiti, fidejuſſionis, &c. nihil intereſt naturale ſit debitum tantum, an & civile. *l.* 1. §. *pen. de conſtit. pec. l. naturaliter.* 13. *ff. de cond. ind. l.* 6. §. 2. *& l.* 7. *ff. de fidejuſſ.* & creditorum loco habentur etiam, quibus natura tantum debetur: etiamſi non idem ſit in aliis cauſis, veluti ut mitti poſſint in poſſeſſionem, & bona debitoris poſſidere ſine metu calumniæ, quo pertinet *l. creditores* 10. *ff. de verb. ſign.* ut bene Cujacius & alii in *comment. add. locum* obſervaverunt. Quare non obſtat DD. axioma, quod determinatio reſpiciens plura determinabilia æqualiter determinet, *arg. l.* 4. §. 2. *ff. de vulg. & pup. ſubſtit* Hoc enim tunc procedit, quando determinatio communis in uno unum tantum effectum, in altero plura vel diverſa producere poteſt, ne alias oriatur abſurdum ſeu ἀκατάλληλόν τι ut in ſpecie *d. l.* 4. §. 2. quod non ſit in caſu noſtro, ubi utriuſque eadem vis & par effectus eſt.

CAP. L.

An reus compenſationem ex cauſa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens non audiendus ſit?

Utrum cujuſcunque debiti ad quodcunque ſive liquidum ſive non liquidum jure veteri admiſſa fuerit compenſatio, ut vult Donellus *ad §. in bonæ.* 30. *Inſt. de act. n.* 7. an liquidi duntaxat cum liquido, ut Cujacius *lib.* 8. *obſ. c.* 16. *& lib.* 15. *c.* 12. ſupervacuum eſt diſputare, cum certum ſit hodie ex conſtitutione Juſtiniani eas duntaxat compenſationes admitti, quæ ex cauſa liquida objiciuntur. *l. ult. C. de compenſ. d. §. in bonæ. Inſt. de act.* ſed nimirum hoc effectu, ut oppoſitæ ipſo jure actiones minuant, ut iiſdem locis expreſſum eſt; & pro ſoluto retro habeantur. *l.* 4. *C. eod. tit.* ac conſequenter, ut quovis tempore opponi poſſint, etiam poſt rem judicatam in executione ſententiæ. *d. l. ult. junct. d. l.* 2. *C eod.* Cauſam liquidam interpretamur, cum apertum eſt jus debitoris, qui ſibi viciſſim quid deberi intendit, & compenſationem implorat. *d. §. in bonæ. Inſt. de act.* id autem ita fit, ſi cauſa debendi & juſta eſt & vera, & talem eſſe vel in præſentia conſtet confeſſione adverſarii, vel celeriter & expedite probari poſſit. *Zanger. p.* 3. *de except. c.* 8. *n.* 95. *& ſeqq. Cacher. deciſ.* 129. *n.* 13. *Menoch.* 2. *arb. qu. cent.* 1. *caſ.* 14. ubi

ubi in hac re judicis arbitrio tribuendum exiſtimat: in quo illi facile aſſentior. Liquidum debitum & illud exiſtimandum, quod juris tantum quæſtionem habet, veluti ſi quæratur an in contractibus bonæ fidei uſuræ debeantur ex mora? Hæc enim quæſtio certo jure definita eſt. *l. mora.* 32. §. 2. *ff. de uſur. l.* 2. *C. depoſ.* Non liquidi autem cum liquido compenſationem non admittit Juſtinianus: ſed tum alii judicio rem reſervari jubet, ne ſcilicet creditori fiat injuria, ſi debitori, qui initio tacuit, jam convicto aut pene convicto concedatur, ut confugiat ad defenſionem compenſationis ex cauſa, de qua non liqueat. & quæ altiorem requirat indaginem. *d. l. ult.* §. 1. *verſ. hoc itaque. C. de compenſ.* videſis *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 231. & *vol.* 3. *deciſ.* 38. *Zanger. ubi ſup. num.* 101. & *ſeqq.* Illud autem quæritur, an reus audiendus ſit compenſationem ex cauſa, quamvis non liquida objiciens, ſi eam per modum exceptionis initio litis opponat, eamque conteſtetur? nam ad hunc caſum non videtur pertinere Juſtiniani conſtitutio. Quippe Juſtinianus loquitur de compenſationibus, quæ fiunt ipſo jure. Sic enim initio cavet, compenſationes ex omnibus actionibus ipſo jure fieri ſancimus. Atque ad hanc ipſam conſtitutionem temperandam pertinet, quod ſubjicit de cauſa liquida, nempe in hujusmodi compenſationibus, quas vult fieri ipſo jure, id eſt, tunc cum ab initio litis non oppoſita & conteſtata compenſationis exceptione, poſtea inter moras judicii intentione actoris jam probata objicitur compenſatio, exigere ſe, ut cauſa, ex qua objicitur, ſit liquida. Sed & in eo temperamento nominatim eam compenſationem, quæ non fit ex cauſa liquida, ideo repudiat, quia poſt multa forte certamina & reo jam pene convicto demum opponitur: unde ſic recte colligi videtur, ſi quis initio litis & ante omnem diſceptationem utatur exceptione compenſationis, licet ex cauſa non liquida, conſtitutionem ceſſare, eamque non pertinere ad compenſationes, quæ in exordio litis opponuntur, actionemque non ipſo jure, ſed per exceptionem minuunt. *arg. l.* 1. *pr. ff. de offic. ejus, cui mand. juriſd.* Et vulgo quidem cum Accurſio id admittunt interpretes, ſi debitor à creditore conventus ſtatim debitum agnoſcat, dicatque ſibi viciſſim tantundem à creditore deberi, atque hac defenſione adverſus intentionem creditoris utatur. Sed quid ſi reus initio neget ſe debere, & tamen dum de eo dubitat, utatur ſimul exceptione compenſationis, ut dicat, etſi deberet, tamen ſibi tantundem ex hac aut illa cauſa viciſſim ab actore deberi, eamque exceptionem conteſtetur, an hic ſi actor probaverit ſibi pecuniam quam petit, deberi, nihilominus reus jam poſt longa fortè certamina convictus, redire poterit ad exceptionem compenſationis, quam initio conteſtatus eſt, & ad eam probandam admittetur, quamvis cauſa, ex qua compenſatio objicitur, non ſit liquida? Adhuc dicimus audiendum eſſe, & ad probationem admittendum. Atque hæc ſententia multis argumentis probari poteſt. Nam primo, conſtat olim ex reſcripto D. Marci compenſationes admiſſas fuiſſe oppoſita doli mali exceptione. Hoc quidem jus hactenus mutat Juſtinianus, ut actionem quamcunque ipſo jure minuat compenſatio, ſi aperto jure nitatur: non autem ſi fiat ex cauſa non aperta nec liquida: igitur hoc caſu intelligitur velle manere jus antiquum *arg. l. præcipimus.* 22. *C. de appellat.* At certum eſt jure veteri exceptionem initio conteſtatam licuiſſe intra quodvis tempus, dummodo idoneum, probare, *l. ſiquidem.* 9. *C. de except.* Secundo, non rejicit Juſtinianus compenſationem debiti non liquidi ſimpliciter, ſed ita ſi poſt multa certamina longamque diſceptationem à debitore jam convicto, aut pene convicto opponatur: ergo ex contrario, ſi in id tempus objectionem compenſationis non diſtulit, ſed ſtatim initio litis eam oppoſuit; quamvis ex cauſa minime liquida, adhuc audiendus poſtea erit. Tertio idem evincitur ex verbis conſtitutionis, quibus Juſt. jubet, ut judices ſtricto jure utantur adverſus eos debitores, qui jam convicti aut pene convicti compenſationem debiti non liquido opponunt. At ſtricti juris ratio nihil amplius exigit, quam ut exceptio initio litis conteſtetur, ſi quis eam poſtquam actor intentionem ſuam probavit, ante ſententiam ad diſceptationem velit opponere & probare, *l.* 9. *C. de præſcr. long. temp. l.* 8. *l. ult. C. de except.* Quarto, ſi alia exceptione debitor conventus utatur, puta pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, &c. convenit inter omnes, ſi eam initio oppoſuerit audiendum eum eſſe intra quodcunque tempus eam probet: neque diſtinguitur, utrum initio confeſſus fuerit ſe debere, & exceptionem ſolummodo oppoſuerit; an debere ſe negaverit, & tamen ſi convinceretur debere, exceptionem aliquam objecerit, *l. in exceptionibus.* 19 *ff. de probation. junct. d. l.* 9. *C de except.* Idem ergo dicendum, ſi utatur exceptione compenſationis, quæ eſt juſtiſſima. Quinto & poſtremo, ſi is, qui conventus negat ſe debere, & tamen dicit, ſi debet, ſe ſolviſſe, etiam poſtquam convictus eſt, auditur ſolutionem probare

bare volens, quamvis ſolutio non ſit liquida, *l.* 1. *C. de probat.* & ibi *Sichard. poſt alios num.* 3. Idem etiam in compenſatione initio oppoſita admittendum, etſi debitor primo neget ſe debere: quoniam compenſatio pro ſolutione eſt, *l.* 4. *C. de compenſ. l.* 4. *ff. qui pot. in pign.* ita *Donell. ad l. ult. C. de compenſ. & ad §. in bonæ.* 30. *Inſt. de act. num.* 5. *Muda. ibid. num.* 15. *Zanger. de except. p.* 3. *c.* 8. *numero* 104. *& ſeqq.* & facit huc textus in *l.* 8. *ff. de compenſ.* Unum eſt, quod tot & tam efficacibus argumentis objicitur, nempe Juſtinianum ſanxiſſe, ut omnis compenſatio ipſo jure actionem minuat: quod tamen falſum eſſe aperte liquet ex iis quæ ex tenore ipſius conſtitutionis Juſtiniani, atque ex verbis. *§ in bonæ.* 30. *Inſt. de actionib.* elicuimus. Ad argumenta autem ipſa nihil ſolidi, aut quod confutatione dignum ſit, reſpondetur.

CAP. LI.

An depoſitarius propter impenſas neceſſarias retinere depoſitum poſſit?

QUi rem aliquam depoſuit, hoc eſt, alteri cuſtodiendam dedit, is eam rem quovis tempore repetere poteſt, & reddenda eſt etiam ante tempus conſtitutum repetenti. *l.* 1. *§. pen. & propen. ff. de depoſ.* Nam cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æſtimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum eſt, quam ſine incommodo depoſitarii mutat, ſi rem ante tempus definitum repetat: & ne ulla mora interponeretur reddendi depoſiti, ne compenſationis quidem nomine actioni depoſiti quicquam objici voluit Juſtinianus, licet in cæteris actionibus defenſionem compenſationis debitæque & creditæ inter ſe quantitatis contributionem admittat, *l. ult. C. de compenſ. §. in bonæ.* 30. *Inſt. de action.* Cæterum ſi quid depoſitario per cauſam & occaſionem rei, quam cuſtodiendam acceperat, abeſſe contigerit, poterit id conſequi contrario judicio depoſiti, quo ultro de indemnitate ſua cum deponente ei experiri licet. *l.* 5. *ff. depoſ.* Sed quid ſi depoſitarius impenſas in rem depoſitam fecerit, poteritne ob hanc cauſam depoſitum retinere, donec refundantur; & ſiquidem utiles tantum fecerit impenſas, vix id admiſerim; cum ad officium depoſitarii non pertineat hujuſmodi ſumptus facere: nec puto poſſe eum contrario judicio has impenſas petere. *arg. l. un. §. taceat.* 5. *verſ. ſed nec ob impenſas. C. de rei ux. act.* Cæterum ſi neceſſarias fecerit, id eſt, tales, quæ niſi factæ eſſent, res aut interitura fuiſſet, aut deterior futura, propter hujuſmodi impenſas concedendam eſſe depoſitario retentionem rei depoſitæ affirmat Placentinus, Cynus, Bald. Salic. Caſtr. in *l.* 11. *C. depoſ.* quibus aſſentior. Moveor non una ratione. Primo inter omnes conſtat poſſe depoſitarium impenſas neceſſarias petere & conſequi, judicio contrario ſive contraria depoſiti actione: Quicquid autem contrario judicio peti & obtineri poteſt, id etiam per retentionem ſervare poteſt, qui directo judicio convenitur. *l. in rebus.* 18. *§. ultim. ff. commod. l.* 15. *§.* 2. *l. ſi is qui.* 59. *ff. de furt.* At obſtare creditur, *l. ult. C. de commod.* ubi Imperatores negant prætextu debiti reſtitutionem commodati recuſare poſſe: nam ſi hoc verum eſt, multo minus recuſari ob eandem cauſam poterit reſtitutio depoſiti *arg. l.* 11. *C. depoſ. l. ult. C. de compenſ.* Sed nos non dicimus rem commodatam aut depoſitam, prætextu debiti ex diverſa cauſa nati, poſſe retineri: verbi gratia, ſi commodator aut qui depoſuit, decem ex cauſa mutui debeat commodatario aut depoſitario, poſſe eos obtentu hujus debiti reſtitutionem corporis commodati aut depoſiti recuſare, quod vetant Imperatores in *d. l. ult. C. commod.* quippe quo caſu nec locus eſt contrario commodati aut depoſiti judicio: & generaliter tenendum eſt, non poſſe creditorem, cui ſine pignore pecunia debetur, rem debitoris pro eo, quod ſibi debetur, retinere. *l. un. C. etiam ob chirogr. pec. Donell. in d. l. ult. num.* 3. *& ſeqq. Cujac. in not. ad §. in bonæ.* 30. *Inſt de Act.* qui tamen alibi pro *commodati in d. l. ult.* vult reponi *commend.* *lib.* 9. *obſ.* 37. quanquam perperam, quod nunc omitto. *vid. Gilbert. Reg. lib.* 1. *opin. c.* 14. Sed hoc dicimus, poſſe commodatarium, aut depoſitarium id quod contrario judicio conſequi poſſunt, (poſſunt autem eo judicio conſequi quod occaſione ejuſdem contractus iis abeſt, & vel maxime impenſas neceſſarias) etiam poſſe per retentionem rei, quaſi quæ pignoris loco ſit, ſervare. *l.* 15. *in fin. ff. de furt.*

furt. l. ſi quis rem. 20. & ibi *Gothofr. ff. de acq. poſſ.* Deinde ceſſat hic plane ratio, ob quam Juſtinianus compenſationem & retentionem in cauſa depoſiti prohibet, ſcilicet ſuſpicio & præſumptio perfidiæ; quæ nulla eſſe poteſt, ubi neceſſariæ impenſæ factæ ſunt. Quid quod tacite id actum videri debet, ut depoſitarius has impenſas faciat, cum ſine iis futurum ſit ut res pereat? Denique, impenſæ neceſſariæ quodammodo partem rei conſtituunt, & tantum de re, in quam fiunt, detrahere videntur, quantum in eam impenſum eſt, ut proinde & jus aliquod in re tribuant facienti. *arg. l. plane.* 38. *ff. de hered. petit. l.* 5. *ff. de impenſ. in rem dotal. fact.* Quamobrem non obſtant conſtitutiones Juſtiniani in *d. l.* 11. *C. depoſ. & l. ult. C. de compenſ.* quibus depoſitarius non ſolum jubetur confeſtim reddere depoſitum, ſed etiam ut reddat ſine ulla exceptione aut defenſione, quæ ad compenſationem vel retentionem ſpectet. Nam textus iſti accipiendi ſunt de compenſatione vel retentione, quæ fit ex diverſa cauſa, & ad illos caſus pertinent, in quibus depoſitarius jus in re non eſt adeptus, quod conſequitur per impenſas neceſſarias, quo caſu quaſi pignoris loco res eſſe incipit, *l. creditoris.* 15. §. 2. *ff. de furt.* Diſſent. *Donell. in d. l.* 11. *n.* 9. *C. depoſ.*

CAP. LII.

An præter dolum etiam culpam, & quam culpam præſtet procurator, ſeu mandatarius?

QUi negotia aliena mandatu domini gratis gerenda ſuſcepit, is in jure noſtro & apud bonos auctores procurator appellatur; ſive negotia illa ſint forenſia & judicialia, ſive quævis alia extrajudicialia, *tit. ff. & C. de procur. & mand. vel cont.* Interpretes vulgo etiam mandatarium vocant, præſertim eum, qui negotia adminiſtrat extrajudicialia: procuratoris autem nomine eum fere intelligunt cui commiſſæ lites & negotia forenſia. Cujus rei cauſam eſſe puto, quod jam à multis annis procuratores appellari cœperint ii ſoli, qui mandatum ad agendum & lites exercendas habent. Cæterum nomen mandatarii non memini me vel apud noſtros vel apud alios auctores legiſſe. Non ideo tamen abſtinebo eo nomine, ſed utroque utar promiſcue, ne nimia verborum curioſitas mihi objiciatur. Neque vero etiam omnem qui mandatum ſuſcepit, velim procuratorem appellare, verbi cauſa, non eum qui mandatu meo pro me fidejuſſit. Jam ut ad rem propoſitam veniam, quæri ſolet circa obligationem procuratoris ſive mandatarii de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum adminiſtratione mandatarius præſtare debeat?

De dolo & lata culpa non dubitatur. Nullus enim contractus eſt, qui dolum malum non recipiat, ſive in quo non præſtetur dolus, *l.* 5. §. 2. *ff. commod. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur.* & ſicut dolus in omnibus contractibus præſtatur, ita placet & latam culpam in omni contractu præſtari, quia dolo & fraudi proxima eſt, & juris interpretatione dolum repræſentat, *l. ſi fidejuſſor.* 29 *ff. mandat. l. Nerva* 32 *ff depoſ. l.* 7. §. 1. *ff. de ſuſpect. tut. l.* 1. §. *is quoque.* 5. *ff. de oblig. & act.* cum ſimilibus. Unde eſt, quod quotieſcunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamſi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etſi dolus notetur particulis taxativis *ſolum, tantum, duntaxat,* ut in *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. §. *ult ff. depoſ. & d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* ubi depoſitum & precarium dicitur dolum duntaxat recipere: non ideo tamen lata culpa excluditur. *dict. l. quod Nerva.* 32. *ff depoſ. l.* 1. *C. eod. l.* 8. §. 3. *ff. de precar.* Omnis igitur controverſia hic eſt de culpa levi, & maxime de culpa leviſſima, quæ paſſim in jure noſtro per oppoſitum indicatur, nempe verbo diligentiæ, quo ſumma ſignificatur & exactiſſima. *d. l.* 5. § 2. *ff. commod. l.* 1. §. *ſæpe.* 35. *ff. depoſ. d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* Dixeris præter præſtationem doli & culpæ latæ ſive dolo proximæ nihil à procuratore exigendum videri, ſecundum primam definitionem Ulpiani in *d. l.* 5. §. 2. *commod.* eſſe enim procuratorem ſimilem depoſitario, ſeu ei qui rem gratis cuſtodiendam accepit: utrumque eſſe enim beneficii debitorem, & contemplatione alterius, illum rem gerendam, hunc cuſtodiendam ſuſcipere: & quod deponenti imputari poteſt,

quod

quod negligenti amico rem cuſtodiendam tradidit. *l. 1. §. is quoque. 5. ff de oblig. & act.* idem imputari poſſe & mandatori, quod negligenti amico rem gerendam commiſit. At depoſitarium præter dolum & culpam latiorem nihil præſtare. Cæterum hanc definitionem in mandato ſequi non licet propter eos locos, quibus expreſſe traditum eſt, mandatarium non tantum de dolo, ſed etiam culpæ nomine teneri. *l. 8. §. ult. ff. mand. l. 11. Cod. eod. d. l. 23. ff. de reg jur.* & apud Licin. Rufinum in *collat. leg. Moſaic. & Roman. tit. de depoſ.* hæc verba Modeſtini referuntur: *In mandati judicio dolus & culpa præſtatur.* Certum autem eſt, verbo culpæ abſolute poſito aut dolo oppoſito ſignificari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam leviſſimam in judicio mandati venire: ſic enim diſerte ſcriptum eſt in *l. à procuratore. 13. C. mand.* à procuratore dolum & omnem culpam præſtandam eſſe, ſolum caſum improviſum non præſtandum. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenſes, non ad alios aut quemvis mandatarium; utique ad quemvis mandatarium & omnem procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re mandata. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpa vacuum eſſe. Cui ſimilis eſt locus apud Ciceronem in ea pro Roſcio Amerino, ubi de judicio mandati differens, ait in minimis etiam rebus teneri, qui res mandatas non modo malitioſius, verum etiam negligentius geſſerit. Atque hæc cauſa eſt, cur Ulpianus in *d. l. 5. §. 2. ff commod* ad declarandam primam regulam exemplo depoſiti, non etiam mandati utatur: & facit huc etiam *l. ſi mater. 24. C. de uſur.* Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in depoſito ſervari placet. Nimirum ideo, quoniam cum in negotio gerendo opus ſit diligentia atque induſtria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere, & qui ſuſcipit mandatum, hoc ipſo induſtriam & diligentiam ad rem exequendam neceſſariam in ſe futuram recipere videtur? quod non convenit depoſito: nam ad aliquid cuſtodiendum non diligentia aut induſtria, ſed fide duntaxat opus eſt. Ex quo jam intelligimus, mandatarium non eſſe comparandum cum quovis depoſitario: ſed cum eo depoſitario ſolum recte comparari mandatarium, qui ultro ſe depoſito obtulit, quem placet omnem culpam præſtare, & ſummam rei cuſtodiendæ adhibere diligentiam, non alia de cauſa, quam quod ultro ſe depoſito offerendo de diligentia ſua & ſolerti cuſtodia promittere videatur. *l. 1. §. ſæpe. 35. ff. depoſ.*

Sunt, qui de his præſtationibus ſtatuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, qua modo mandantis, modo mandatarii ſeu procuratoris, modo utriuſque utilitatem reſpicit; propterea quod hæc diſtinctio in commodato probata eſt, *l. 5. §. 2. verſ. commodatum autem. junct. §. interdum. 10. l. in rebus. 18. in fin. pr. commod.* Nempe ergo, ſi his credimus, ubi mandatum ſolius procuratoris gratia intervenerit, dolus duntaxat & culpa lata præſtabitur: ubi utriuſque gratia, etiam culpa levis: ubi ſolius mandatarii, etiam leviſſima. Sed profecto talis diſtinctio in mandatum cadere non poteſt; neque quicquam mandato cum commodato hic commune eſt. Etenim mandatum ſolius mandatarii contemplatione interpoſitum etſi mandantem obligat, ſi dolus ejus intervenerit; *§. tua tantum. 6. Inſtit. de mandat* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio eſſe poteſt, niſi quatenus negotium quod gerendum ſuſcepit, ad alium pertinet *d. §. 6. & l. 2. §. ult. ff. eod.* ut proinde de obligatione mandatarii circa prædictas præſtationes quæritur, mandatarius tantum conſiderari debeat, ut rem alienam gerens: quomodo etiam conſideratur in *l. in re mandata. 21. C. eod.* Plane in iis, quæ negotium commiſſum conſequuntur, bonam fidem præſtare, culpaque & fraude carere ſufficit: uti & cum non adminiſtratio commiſſa, ſed negotium mandatum, quod induſtriam non requirit, veluti fidejuſſio per *l. 8. §. ult. l. 10. pr. l. ſi fidejuſſor. 29. §. quædam tamen. 4. ff. eod.*

CAP. LIII.

An pactum de inæqualibus lucri & damni partibus inter ſocios valeat, ubi æqualis eſt operæ & pecuniæ collatio?

IN coëunda ſocietate facile admiſſa eſt hæc conventio, ut ad unum duæ partes & damni & lucri pertineant, ad alterum tertia; idque propter analogiam inæqualitatis partium, tam in damno, quam

 in

in lucto. §. 1. *Inſtit. de ſociet.* Imo vix inæqualitatem habete videtut talis conventio: quoniam incertum eſt, lucrum, an damnum ex communi negotiatione proventurum ſit: neque enim ſemper favente Mercutio negotia procedunt. Illud vero difficulter admiſſum eſt, ut pattes lucri & damni diſpariliter conſtituerentur, veluti ſi convenetit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum, alter duas damni, rertiam lucri ferret. Nam Quinto Mucio hæc conventio diſplicuit, ut naturæ ſocietatis, quæ æqualitatem deſiderat, contraria: ſed à Setvio Sulpitio admiſſa eſt: cujus ſententia prævaluit, teſte Juſtiniano §. 2. *Inſt. de ſoc.* Cæterum Sulpitius non tam improbaſſe videtur ſententiam Mucii, quam temperaſſe: & nimirum, quod Mucius ſimpliciter dicebat, iniquam eſſe hanc pactionem, naturæque ſocietatis contrariam, ut alter plus lucti, alter plus damni ſentiat, id Servium exiſtimaſſe verum non eſſe in omni ſocietate: iniquam quidem eam conventionem videri in ſimplici & æquali collatione rerum ſeu pecuniæ, quod etiam fotte ſolum conſideravit Mucius: at iniquam non eſſe, ubi unus pecuniam tantum, altet operam ſimul cum pecunia confert: imo juſtum eſſe hunc meliore conditione in ſocietatem admitti. *d. §. 2. Inſt. de ſociet.* Igitur ne quidem ex ſententia Setvii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis eſt operarum & ſortis collatio; ſed tunc demum ratum eſt, cum inæqualis eſt collatio & is quem plus lucri ferre placet, etiam plus ſocietati confert, ſive pecuniæ, ſive operæ & induſtriæ: quam diſtinctionem & Ulpianum probare evidenter arguit reſponſum ejus in *l. ſi non fuerint. 29. ff. pro ſoc.* Atque ita olim contra Joannem Azo diſputavit; cujus ſententiam Interpretes comm. ad *d. §. 2. & ad d. l. 29* ſecuti ſunt *Donell. ad l. 1. C. pro ſoc. n. 23. Gomeſ. 2. var. reſol. 5. n. 5. Mantic. lib. 6. de tac. & ambig. conv. tit. 4. n. 9. & ſeqq. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 51.*

Sed ut verum fatear, non poſſum huic ſententiæ acquieſcere. Nam primum rationis eſſe videtur, ut expreſſa conventio aliquid operetur præter naturam ordinariam contractus. *l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ ſapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte Azonis ſententiæ refragatur, quod generaliter definit Juſtinianus in *§. 1. Inſtit. de ſociet.* ſi partes expreſſæ fuerint, has ſervari debete: hoc enim & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus in collatione æquali accipiendum eſſe argumento eſt, quod in collatione inæquali, etiam ſi de partibus nihil convenerit, pattes inæquales racite conſtitutæ intelligantur, nempe pro rata ejus, quod quiſque contulit, per *l. 6. l. Mucius. 30. l. quid enim. ff. pro ſocio.* ſecundum quod Ariſtoteles *lib. 8. Ethic. ad Nicomach. in fin.* ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ, inquit, πλείω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλείω. Etſi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen cur non poſſit expreſſa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua conſiſtit ſocietatis ſubſtantia: Et quamvis in totum donationis cauſa ſocietas non recte contrahatur. *l. 5. §. 2. ff. eod.* dubitandum tamen non eſt quin non minus ex parte donationis cauſa contrahi poſſit, quam emptio venditio. *l. ſi quis 38. ff. de contr. empt.* quod & Mantica *ubi ſupr. n. 19.* videtur admittere. Quapropter exiſtimandum potius eſt, Servium in reddenda ratione ſuæ ſententiæ reſpexiſſe ad id quod plerumque evenit, ut ſcilicet unius opera ſit pretioſior, & plus ſocietati proſit, quam alterius: de quo tamen in ſingulis perſonis inquirendum non ſit, cum ad æquitatem pacti quod contra Mutium admittit, defendendam, ſufficiat id evenire poſſe, & frequenter etiam evenire: neque aliam fuiſſe mentem Ulpiani, eumve nimiam duntaxat improbaſſe inæqualitatem in *d. l. ſi non fuerint. 29. ff. pro ſoc.* Ut ut vero ſit, uſus hujuſmodi conventiones ſuſtinet, ut poſt Angelum, Porcium & alios teſtatur Weſenbecius ad *§. 2. Inſt. de ſoc. & in parat. ff. eod. n. 7. add. Menoch. 2. arb. jud. quæſt. caſ. 125.*

CAP. LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo ſit?

Etiam uno pecuniam, altero operam conferente ſocietatem contrahi poſſe obtinuit. *l. 1. C. pro ſoc.* & ita quidem, ut Juſtinianus ait in *§. 2. Inſt. eod.* ut lucrum inter eos com-

commune ſit: quoniam ſæpe opera alicujus tanti eſt, quanti pecunia, juxta illud Plauti in *Aſin.* *Par pari datum hoſtimentum eſt, opera pro pecunia.*

Quod autem de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & ſimilibus intelligi debet. *l. ſi non fuerint. 29. §. 2. ff. eod.* Poſſunt igitur duo ſocietatem ſic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur, & negotiatio exerceatur? alter operam duntaxat, qui proficiſcatur ad merces emendas, emat, vendat, ut ſic deinde lucrum commune ſit. In quo genere ſocietatis quæſitum eſt. An etiam ſors ſeu pecunia quam alter contulit, communis fiat, & finita ſocietate cum altero, qui ſolam operam præſtitit, ſit dividenda? an vero is qui contulit, eam percipere debeat, & id ſolum, quod ſupereſt, inter ſocios dividi? Et *Cynus*, *Baldus*, *Caſtrenſ. Sichard. Donell. & comm. DD. in l. 1. C. pro ſoc. Fachin. lib. 2. controv. c. 94. Perez ad tit. C. pro ſoc. n. 8. & ſeq. Gail. lib. 2. obſ. 24. n. 6. Thulden ad Inſt. de ſociet. e. 3.* reſpondent pecuniam hanc minime communicari, ideoque totam ad eum redire debere, qui eam contulit, & ſolius lucri, quod factum eſt, inter ſocios diviſionem fieri. Rationem hanc afferunt, quod in propoſita ſpecie non ea videatur eſſe mens ſocietatem coëuntium, ut pecuniæ collatæ proprietas communicetur, ſed ut uſus operæ cum uſu pecuniæ compenſetur, & lucrum ex utroque percipiendum commune ſit: ſufficere enim debere ſocio operanti, quod lucrum capit ex negotiatione, quod lucrum factutus non eſſet ſine pecunia ſocii. Et quod alias ſumma inter ſocios exurgeret inæqualitas, eo quod is qui pecuniam contulit, ſi forte finita ſocietate præter ſortem nihil ſuperſit, duplici incommodo afficeretur, ſcilicet, quod & dimidium ſortis collatæ amitteret, & nullum ex pecunia ſua fructum, quem alias conſequi potuiſſet, perciperet. Porro pro firmamento hujus ſententiæ afferuntur duo loci. Primus eſt Ulpiani in *l. cum duobus. 52. §. 2. verſ. ſi in coëunda. ff. pro ſocio.* ubi cum unus è ſociis pecus ſuum alteri paſcendum, vel agrum colendum dediſſet in commune quærendis fructibus, pecus vel ager non communicatur, ſed ejus manet, cujus antea fuerat: ex eo enim quod in *fin. d. §. 2.* ſubjicitur, ſocium quoque culpam præſtare debere, ſi rei communi nocuit, recte colligitur, prius actum fuiſſe de re non communi. Alter locus eſt Juſtiniani in *§. 2. Inſt. de ſociet.* ubi ait ita poſſe coiri ſocietatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune ſit, quia ſæpe opera alicujus pro pecunia valet. Ecce hic pecunia collata non fit communis, ſed lucrum tantum, quod ex negotiatione ſecuta factum eſt, communicatur, neque huic ſententiæ, quod ſimpliciter ſcriptum eſt in *l. 1. C. pro ſocio.* uno pecuniam, altero operam conferente ſocietatem poſſe contrahi: nam & pecuniæ collatio, & operæ cum ea comparatio ad uſum duntaxat pecuniæ, & utilitatem, quæ non modo ex pecunia, ſed etiam ex opera & induſtria percipi poteſt, referenda ſunt. *Fachin. Perez. Donell. ubi ſupr.*

Ex hac autem quæſtione nata eſt & altera: utrum in hujuſmodi ſpecie ſocietatis damnum pecuniæ amiſſæ commune ſit, an ad eum ſolum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam; Et ſuperiori ſententiæ omnino conſequens eſt, damnum hoc ad eum ex ſociis pertinere tantum, qui pecuniam contulit. Nam ſi pecunia collata non fiat communis, ſed dominium ejus apud conferentem maneat, juxta ſententiam ſuperiorem, etiam periculum amiſſionis pecuniæ ad eum ſolum pertinebit: cum utique res pereat ſuo domino. *l. pignus. 9. C. de pign. act.* & qui operas confert, non intelligatur ſe obligare voluiſſe ad damnum ſortis, cum ſufficiat, eum damnum ſuſtinere operarum: cumque ſortis nullum ſentiat commodum, nec incommodum ſentire debeat. Ad hæc, ſi dicamus damnum debere eſſe commune, magna induceretur inæqualitas: quippe qui operam confert, duplici afficeretur incommodo, quod & operam amitteret, & præterea ſentiret partem damni in pecunia amiſſa: alter vero non totam ſortem amitteret, ſed partem ſolummodo. Quibus & hoc accedit, quod, poſito damnum commune eſſe, is qui pecuniam confert, nullum periculum ſubiret ſortis in totum amittendæ quod genus ſocietatis prope abeſſe creditur à fœnore & uſuraria pravitate, per *c. plerique. 14. quæſt. 3. Panorm. in C. per veſtras. de donat. int. vir. & uxor.* Ita poſt *Accurſ. Cyn. Bald. Angel. Caſtrenſ. Fachinæus lib 2. controverſ. c. 95.*

Cæterum, etſi hæc magnam veri ſpeciem habent, non tamen ita ſimpliciter ad ſuperiores quæſtiones reſpondendum videtur: in omnibus enim negotiis primum inſpiciendum eſt, quid actum ſit. *l. ſemper. 34. ff. de reg. jur. l. 3 ff. de reb. cred.* Et ſiquidem nominatim in coëunda ſocietate cautum fuerit, ut lucri tantum, quod ex quæſtu pecuniæ & operæ mutuo collatæ deſcenderet, communio eſſet, certum eſt pecuniæ ab uno collatæ non induci communionem, ut in ſpecie *l. cum*

l. cum duobus. 52. §. 2. verſ. ſi in coëunda ff. pro ſocio. ſicut ex contrario nemo dubitat quin ſi expreſſe convenerit, ut pecunia communicaretur, ea communis quoque fiat. Quod ſi de eo dubitetur, inſpiciendum erit, quid tacite & veriſimiliter actum videatur. Non uno enim modo pecuniæ & operæ collatio fit, ſed duplici. Nam aut comparatur opera cum ſolo pecuniæ collatæ uſu: quo caſu verum eſt ſortem domino perire, & ſi ſalva eſt, domino ſalvam eſſe: aut opera confertur cum ipſo dominio pecuniæ: quo caſu qui operam impendit, particeps fit ſortis. In prima ſpecie comparatur cum opera non ſors, ſed periculum amittendæ ſortis, & lucrum quod probabiliter ex ea ſperari poterat. In altera operæ pretium habendum quaſi ſorti adjectum, & pro eo quod valet, in ipſa ſorte partem habere debet qui operam præſtat. Atque hinc jam ad ſuperiores quæſtiones quid reſpondendum ſit, facile intelligitur. Fingamus itaque unius operam atque induſtriam tantundem valere, quantum alterius pecunia, ut non uſui tantum pecuniæ collatæ reſpondeat, ſed etiam dominio: nullaque alia conventione interpoſita caſu factum, ut finita ſocietate, præter ſortem ab uno collatam, nihil ſuperſit: dico hic, eum, qui operam æquivalentem ſorti impendit & perdidit, in partem ſortis admitti debere, quaſi id tacite actum ſit: ne alioqui unus è duobus, qui paria contulerunt, totum quod contulit amittat? alter ſalvum habeat, & ſpe lucri tantum fruſtretur. *Fac. l. ſi id quod. 58. pr. & §. 1. l. cum duobus. 52. §. quidam ſagariam 4. ff. pro ſoc.* & ita cape Gloſſam in *l. 1. Cod. eod. tit.* quam Bartolus commendat, licet plerique improbent. At ex contrario, ſi opera unius tantum reſpondeat uſui pecuniæ ab altero collatæ, id actum videri debet, ut dominium pecuniæ collatæ in ſolidum apud conferentem maneat, & lucri ſolius, quod ex uſu pecuniæ unius & induſtria atque opera alterius ſperatur, communio ſit: ac proinde hoc caſu etiam damnum pecuniæ amiſſæ totum ad conferentem pertinet, per ea quæ ſupra. Priore autem caſu, cum pecunia communis fiat, & pretium operæ quaſi ſortem augeat, periculum hoc utrumque ſpectare videtur, & utrique partem perire tum pecuniæ tum operæ. Ita poſt Petrum à Peruſio, qui judicis prudentiam hic deſiderat, *Covarr. lib. 2. variarum reſolutionum cap. 2. num. 2.* quem laudat & ſequitur Hugo Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 12. n. 24.*

CAP. LV.

An in emptorem hereditatis tranſeat jus accreſcendi?

NOn tantum corporis emptio eſt, ſed etiam juris, puta hereditatis, actionis ſeu nominis debitoris. *tit. ff. & Cod. de hered. vel act. vend.* Et emptori juris etiam ante ceſſionem datur utilis actio in rem, ſi hereditas vel actio vendita ſit *l. ſi cum emptore. 16. ff. de pact. l. ult. C. de hered. vel act. vend.* quamvis emptori corporis ante traditionem nulla ſit in rem actio. Et licet venditor corporis teneatur de evictione, venditor tamen hereditatis aut nominis evictionem non præſtat: ſed ſatis eſt, ſi præſtet hereditatem eſſe, nomen eſſe quale quale. *l. 4. l. qui filiifam. 14. § 1. ff. de hered. vend. l. ſi plus. 74. §. ult. ff. de evict.* Cui conſequens eſt, nec remedio *l. 2. C. de reſc. vend.* in venditione hereditatis aut nominis eſſe locum. Cum autem emptor hereditatis vicem heredis obtineat, eique reſtituendum ſit, non ſolum quod jam ad heredem ex ea hereditate pervenit, ſed & quod quandoque pervenerit. *l. 2. §. non tantum. 4. & §. cum quis. 18. ff. de hered. vend.* quæſitum eſt, an in emptorem hereditatis etiam tranſeat jus accreſcendi. Ponamus L. Titium heredem ſcriptum eſſe ex triente, aut hereditatem legitimam pro triente L. Titio delatam, eumque hanc ſuam hereditatis partem vendidiſſe Gajo Sejo. Quæritur ſi coheredes L. Titii portionem ſuam repudiaverint aut alias defecerint, portio defecta ad L. Titium jure accreſcendi pertineat, an ad Gajum Sejum, emptorem hereditatis L. Titio pro parte tertia delatæ, & ab eo venditæ. Duplex autem hic quæſtio moveri poteſt, quæ tamquam una confuſim à pleriſque tractatur: an ipſo jure & recta deficientium portiones accreſcant emptori: ſi minus, an non ſaltem venditor quod ſibi accrevit emptori præſtare teneatur actione ex empto. Quantum attinet ad quæſtionem priorem, plane negandum eſt emptori quicquam directo accreſcere. Quippe juri accreſcendi tantum locus eſt inter coheredes, ſeu heredes

ejuſdem hereditatis, ut conſtat ex omnibus locis, qui de hoc jure loquuntur: at emptor hereditatis neque à teſtatore, neque à lege ad partem aliquam hereditatis vocatur, neque fit heres; ſed venditor heres manet. *l. ei qui.* 88. *in fin. ff. de hered. inſtit* Et quod notandum eſt, ut ſoli ei, qui ex parte aliqua heres extitit, ſive ex teſtamento, ſive lege ab inteſtato, deficientium portiones accreſcunt, ita & invito accreſcunt, & ignoranti, & denique ſemper cum onere ſuo, æris videlicet alieni & legatorum: quod onus vendendo vitari non poteſt. *l. heredi.* 31. *l. ex duabus.* 53. §. 1. *ff. de acquir. hered. l.* 9. *ff. de ſuis & leg. hered. l. un.* §. *his ita definitis.* 10. *C. de cad. toll.* Nec vero putandum eſt emptorem hereditatis ſimilem eſſe ei, cui ex Trebelliano ſenatusconſulto pars hereditatis reſtituta eſt: hic enim ex voluntate teſtatoris venit, emptor non item. Quid quod nec in fideicommiſſarium Trebellianum, quamvis juris ſucceſſor ſit, jus accreſcendi tranſit. Nam ſi heres rogatus ſemiſſem, ex quo inſtitutus eſt, reſtituere, portionem ſuam ſponte adiit & reſtituit, deficientis poſtea coheredis portio non fideicommiſſario, ſed heredi fiduciario accreſcet, ut recte *Cujac. lib.* 12. *obſ.* 12. & 13. *Ant. Fab. dec.* 50. *err.* 4 cenſent. Etſi enim fideicommiſſarius Trebellianus juris ſucceſſor dicitur & heredis loco eſſet reſpectu teſtatoris, propterea quod ad exemplum heredis ſuccedit in omnia jura defuncti, & quæ à defuncto in heredem ſunt tranſlata: non tamen ſuccedit in jus omne ipſius heredis, non in id jus, quod beneficio legis potius, quam ex voluntate defuncti heres habet, quale eſt jus accreſcendi, quippe quod habiturus eſſet etiam teſtatore invito: alias fideicomiſſarius non loco heredis ſed heres heredis eſſet. Non offendor *l. Papinianus.* 43. *ff. ad Senat. Trebell.* quia loquitur de eo qui compulſus adiit, non qui ultro & ſua ſponte. Nec tamen dicit portionem deficientis accreſcere fideicommiſſario, ſed heredi: at non manere apud heredem. Conſtat autem eum qui coactus adiit, & quantum in ſe fuit irritam fecit voluntatem defuncti, perinde habendum ac ſi irritam feciſſet, eique lucrum omne auferri, quod vel habuerit, vel habere potuerit non tantum ex teſtamento, ſed etiam occaſione teſtamenti, haud ſecus ac ſi hereditatem non adiiſſet. *l. ita tamen.* 27. §. 2. & §. *ſe præceptis.* 14. *ff. ad ſenat. Trebell.* Et licet poſt reſtitutionem nihilominus heres ipſe jure maneat homo, tamen, quia periculo & commodo alieno adiit & id egit, ne heres eſſet. *l.* 4. *ff. eod. tit.* in iis, quæ ad ipſius commodum ſpectant, pro non herede habetur, ut proinde commodi nihil apud eum remaneat, quod laturus non fuiſſet, ſi hereditatem non adiiſſet. Quod ſi hic heres ex parte ſcriptus ſponte, non coactus hereditatem amplexus eſſet, haud dubiè aliud Papinianus & Ulpianus in *dict. l.* 43. *ad ſenat. Trebell.* reſpondiſſent, Nempe portionem deficientem non modo accreſcere heredi, ſed etiam apud eum manere, cum nihil obſtet quo minus maneat. Et eſt heres, qui compulſus adiit, reſpectu emolumenti non abſimilis ei cui tanquam indigno eripitur hereditas, eo quod tacitè cavit ſe hereditatem reſtituturum incapaci, qui plane commodum omne, quod alias ex teſtamento aut occaſione teſtamenti conſecuturus fuiſſet, amittit, & conſequenter etiam jus accreſcendi. *l. ſi totam.* 83. *ff. de acquir. heredit.* Ut autem ad emptorem hereditatis revertamur, unum eſt quod maxime pro eo urgent alii, nempe reſponſum Papiniani in *l. ſi Titio.* 33. §. 1. *in fin. ff. de uſufruct* ubi Papinianus Juliani ſententiam refert & probat, dicentis, portionem fundi, velut alluvionem portioni, perſonæ fructum accreſcere: unde dicendum videtur deficientum heredum portiones non heredi, qui ſuam portionem vendidit, ſed emptori, qui eam habet, accreſcere debere. Reſpondeo non ſimpliciter Papinianum aut Julianum jus accreſcendi attribuere portioni, quaſi portioni competat, eamque ſequatur, apud quemcunque ea ſit, ſed perſonæ ejus, ſive heredis, ſive legatarii, qui portionem ſuam agnovit & obtinuit ex voluntate teſtatoris ad differentiam ſcilicet ejus, cui conjunctim cum alio uſusfructus ejuſdem rei legatus eſt, qui etiam jus accreſcendi habet, quamvis partem ſuam non agnoverit. *l.* 1. §. 3 *ff. de uſufruct. accreſc.* Nulla autem ratio dari poteſt, cur magis heres vendita portione hereditatis ſibi acquiſitæ jus accreſcendi amittat, quam unus è legatariis ejuſdem rei vendita parte ſua. Sunt, qui reſpondent heredem hoc ipſo, quod pretium conſecutus eſt, videri adhuc portionem ipſam habere, pretiumque in locum rei ſuccedere, & portionem venditam repræſentare, per *l.* 4. §. *ult. ff. ſi quis omiſſa ca. teſt. l. ſi uſusfructus.* 35. §. 1. *ff de uſufruct.* Sed quia hæc reſponſio non tollit totam difficultatem, (quid enim, ſi heres partem ſuam alteri non vendiderit, ſed donaverit, an quia pretium non habet, ideo donatario potius quam ipſi jus accreſcendi tribuendum?) malim dicere cum Ant. Fabro *dec.* 50. *err.* 5. *Bachov. ad Treutl. diſput. de empt. & vend.* illud ipſum jus,

jus, quod etiam vendita hereditate penes heredem manet, loco portionis fungi, niſi & hoc ipſum vitietur, & heres ex cauſa privetur omni commodo, quod alias beneficio legis aut ultimæ voluntatis conſecuturus fuiſſet: quod contingit tum ei qui coactus alieno periculo adit. *l. 4. ff. ad ſenat. Trebell.* tum cui, ut indigno, hereditas aufertur. Atque hæc vera & adæquata ratio eſt, cur in ſpecie *l. ſi totam. 83. ff de acquir. hered.* heredi, qui clam fidem ſuam accommodavit, ut incapaci hereditatem reſtitueret, nihil debeat accreſcere, id eſt, ita accreſcere, ut apud eum maneat: quoniam & illud quod accrevit, ei tanquam miniſtro fraudandæ legis aufertur, & fiſco vindicatur. *l. 1. l. 3. §. Imperator. 43. ff. de jure fiſci. l. 1. C. de delator.* Illa autem ratio quam Ulpianus in *dict. l. ſi totam.* affert, *quia rem non videtur habere*, minus accurata eſt, nec ad omnes pertinet caſus, non ad caſum hereditatis venditæ, aut reſtitutæ capaci ab eo, qui ſponte adiit. Nec vero ſemper & ubique veteres exactis rationibus, & quæ ad caſus omnes, etiam de quibus forte non cogitarunt, accommodari poſſint, utuntur. Et alioqui ſequeretur neceſſario neque eum heredem, cujus portio legatis exhauſta eſt, integra legata ſolventem, ut pleniore officio fidei fungatur, jus accreſcendi habere: quod tamen nemo, ut opinor, dixerit.

At hoc jam poſito, portione deficientium heredum non emptori hereditatis, ſed heredi, qui ſuam portionem agnovit & vendidit, accreſcere, amplius adhuc quæri poteſt, an non ſaltem heres idemque venditor, quod ei poſtea accrevit, emptori actione ex empto teneatur reſtituere. Hæc enim inter ſe non pugnant, non accreſcere emptori, & nihilominus quod venditori accrevit, emptorem ex contractu poſſe petere: ſic enim licet actiones directæ penes venditorem maneant, quicquid tamen exegit venditor, id emptori debet reſtituere. Et cum quaſi per averſionem jus omne quod heres habet, venditum videatur, quo commoda & incommoda omnia continentur, non omnino ſine ratione colligat aliquis, etiam jus accreſcendi ea venditione comprehenſum. Denique cum emptor periculum ſuſtineat nominum hæreditariorum, non iniquè viciſſim ſibi aſſerere videtur lucrum accretionis. Cæterum licet hæc, nec ſine ſpecie, diſputari poſſint, ego tamen ne illud quidem emptori hereditatis concedendum puto, ut commodum, quod occaſione juris accreſcendi ad heredem poſtea pervenit, ei extorquere poſſit. Etenim cardo totius hujus quæſtionis in eo potiſſimum vertitur; an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emptorem tranſiret, utique enim ſi hoc actum non ſit, non tranſibit, cum actus agentium non extendantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis. 19. ff. de reb. cred. l. ſemper. 34. ff. de reg. jur.* Jam vero non eſt credibile de eo cogitatum aut inter contrahentes actum eſſe, quod an ad venditorem perventurum aliquando eſſet, & venditor & emptor ignorabant: ſed non niſi pars jam actu quæſita vendita cenſeri debet, nec alia, quam illa ipſa & ſola, ex qua heres inſtitutus venditor fuit, & quam aditione acquiſivit: id, inquam, ſolum, quod tempore venditionis jam heredi competebat, ut & diſerte reſponſum eſt in *l. 2. §. 1. ff. de her. vend.* Et quæſo, cum pretium rei venditæ æqua proportione conſtitui ſoleat, *l. pretia rerum. 63. ff. ad leg. Falcid.* an non abſurdum & iniquum videri debet, ſi heres ſextante aut quadrante, ex quo inſtitutus eſt, vendito, idque pretio valori rei ἀναλόγῳ ſive proportioni reſpondenti, cogeretur partem longe majorem, & forte triplo aut quadruplo accreſcentem, poſtea ad emptorem transferre? Illa autem quæ paſſim in *d. l. 2. ff. de hered. vel act. vend.* occurrunt, quod venditum intelligatur jus omne heredis; quod ad emptorem tranſeat quantum penes venditorem eſt, vel quandoque ad eum perventurum eſt; quod emptor vicem heredis obtinet: accipienda ſunt de parte ipſa vendita, de qua ſola inter contrahentes actum eſt. Hæc in effectu & Jaſonis & Ripæ in *l. re conjunct. 89. ff. de legat. 3. & Salic. in l. un. Cod. quand. non pet. part. & Gomeſ. 1. var. reſol. cap. 10. num. 44 & Fachin. 5. contr. cap. ult.* ſententia eſt. *Diſſ. Bart. in dict. l. re conjuncti. Duar. lib. 2. de jure accreſc. cap. 6. & Papillon. in tract. de jur. accreſc.*

CAP. LVI.

CAP. LVI.

An beneficium l. 2. C. de reſc. vend. *competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?*

QUamvis in pretio rei venditæ naturaliter liceat contrahentibus ſe invicem circumvenire, dummodo abſit dolus malus. *l. in cauſa. 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minorib. l. item ſi pretio. 22. §. ult. ff. locat.* eſt tamen hujus regulæ exceptio in *l. 2. C. de reſc. vend.* ubi ea ſic reſtringitur, ut non procedat, ſi læſio excedat dimidium juſti pretii, tunc enim placet reſcendi venditionem, etiamſi nullus dolus intervenerit: quippe cum non ex quantitate pretii, ſed ex qualitate facti dolus æſtimetur. *l. dolus emptoris. 8. C. eod. tit.* Igitur ſi quis v. c. fundum vendiderit centum aureis, qui tempore contractus communi æſtimatione valebat ducentos & viginti aureos, is oblata pretii quod acceperit, reſtitutione petere poteſt; ut venditio reſcindatur, & res vendita ſibi reſtituatur: aut ſi malit emptor rem retinere, ut ſuppleat quod juſto pretio deeſt. *dict. l. 2. C. de reſc. vend.* Quæſitum vero eſt, an id beneficium etiam ei dandum ſit, qui valorem rei ſuæ ſcivit. In qua quæſtione aſſentior *Bartolo, Baldo, Saliceto, Caſtrenſi, in dict. l. 2. Menoch. conſ. 562. Diod. Tuldeno ad C. tit. de reſc. vend. num. 4.* negantibus dandum eſſe, contra *Albericum de Roſate in dict. l. 2. num. 12. Pinellum p. 1. cap. 1. num. 10. Fachin. 2. contr. cap. 20.* Rationes hujuſce aſſertionis noſtræ hæ ſunt. Quia nemo lædi aut injuria affici intelligitur, qui ſcit & conſentit. *l. nemo. 145. ff. de reg. jur. l. venditor. 11. Cod. de reſc. vend. l. ſi minor. 9. Cod. de act. empt.* 2. Quia videtur donationis cauſa minoris vendidiſſe: nam ubi errore interveniente daretur repetitio ibi quod conſulto & à ſciente fit, donari intelligitur. *l. cujus per errorem. 53. ff. de reg. jur. junct. l. ſi quis. 38. ff. de contr. empt. l. cum donationis. 34. Cod. de tranſact.* 3. Quia qui ſcit & vult, ſimilis eſt ei, qui jus & actiones ſuas remittit. *l. 1. in fin. ff. de action. empt.* Poſtremo à parte hujus ſententiæ ſtat textus rotundus in *l. 1. Cod. ſi major fact. alien. fact. ſine decr. rat. hab.* ubi expreſſe ei demum, qui in conſulto errore lapſus eſt, in hac læſione ſuccurrendum ad conſultationem Liciniæ reſcribit Imperator Gordianus.

Rationes, quibus in contrarium moventur Pinellus & Fachinæus, hæ fere ſunt. 1. Quia Imperatores in *dict. l. 2. Cod. de reſc. vend.* beneficium hoc venditori ſupra dimidium veri pretii læſo concedentes non diſtinguunt, ſciverit, an ignoraverit pretium rei ſuæ: at quam diſtinctionem lex non agnoſcit, eam nec nos admittere oportere vulgatum eſt. 2. Quia hac diſtinctione admiſſa excluderetur beneficium legis; quippe quod raro admodum locum haberet: quoniam venditor præſumitur noſſe vires & merita rei ſuæ; etiam prædii longe diſſiti. *l. quisquis. 15. C. eod. tit.* 3. Quia beneficium legis non fundatur in dolo vel errore, ſed in nimia inæqualitate; quæ utique ſocietatem vitiat, abſque diſcrimine ſcientiæ vel ignorantiæ. *l. ſi non fuerint. 29. §. ult. ff. pro ſoc.* 4. Quia fieri poteſt, ut venditor neceſſitate rei familiaris urgente vel ſciens tanto minoris rem vendat. Sed hæ rationes non efficiunt, ut à priori ſententia, quæ & communis eſt, recedendum videatur. Nam primam quod attinet, præterquam quod jam produximus locum, in quo diſertis verbis diſtinctio iſta agnoſcitur, nempe *l. 1. C. ſi major fact. alien. fact. ſine decret. rat. hab.* etiam ipſa *l. 2. Cod. de reſc. vend.* eandem diſtinctionem non obſcure ſuppeditat; quoniam nemo ſciens & volens lædi videtur: quæ regula utique etiam in venditione obtinet. *l. ea quæ commendandi. 43. ff. de contr. empt.* At humanitati *dict. l. 2.* cauſam dedit iniquitas læſionis. Atque hinc ſimul removetur & tertia ratio: nam etſi *dict. l. 2.* non fundatur in dolo vel errore, fundatur tamen in injuria ſive iniquitate, quæ nulla eſt adverſus ſcientem & conſentientem, *l. nemo. 145. ff. de reg. jur.* Quod vero regerunt, hoc tantum pertinere ad tollendam actionem de dolo, vel injuriarum, id cum locis ſupra citatis tam manifeſte pugnat, ut vel tyro id animadvertere queat: nihil præſidii habent in exemplo, quod afferunt ſocietatis leoninæ, id eſt, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum aut partem lucri exſpectat: nam lucri communio ita naturalis eſt ſocietati, ut ſine ea nequeat ſocietas conſiſtere. Quod ſi forte puta-

putaverint, ne valere quidem conventionem de inæqualibus lucri partibus in ſociorum æquali collatione, hallucinati ſunt; eumque errorem confutavimus *ſupra cap.* 52. Ac tametſi in ſocietate id placeret propter naturam ſocietatis, quæ æqualitatem deſiderat, & jus quodammodo fraternitatis in ſe habet, *l. verum.* 63. *pr. ff. pro ſoc.* non continuo id trahendum eſſet ad venditionem aut alios contractus: alioqui ipſo jure nulla eſſet venditio, quando pretium non per omnia proportione reſponderet rei venditæ nec unquam liceret contrahentibus, quod pluris eſt, minoris emere; quod minoris, pluris vendere, & ita naturaliter invicem ſe circumſcribere, contra *l. item ſi.* 22. §. *ult. ff. locat. l. in cauſa.* 16. §. *idem Pomponius.* 4. *ff. de minorib.* Quod ſecundo loco allegant, admiſſa noſtrâ eademque communi ſententia futurum, ut rariſſime huic beneficio ſit locus, eo quod venditor præſumatur non ignorare pretium rei ſuæ, ex *l. quisquis.* 15. *C. de reſc. vend.* male huc accommodatur: quia ea lex diſerte loquitur de venditione paulo viliori pretio facta; neque hoc dicit præſumi ſcire venditorem, ſed debere ſcire vires & merita rei familiaris: cujus tamen ignorantiæ ignoſcitur, ſi ultra dimidium læſus eſt. Poſtremo nec in neceſſitate venditoris rem ſuam urgente debito diſtrahentis contraria opinio fundari poteſt: id enim repugnat aperto textui in *l. non idcirco.* 12. *Cod. de reſc. vendit.*

CAP. LVII.

An locus ſit beneficio l. 2. Cod. de reſc. vend. *in transactione.*

Beneficium quod venditori, qui rem minoris dimidia juſti pretii vendidit, tribuitur *l. 2. C. de reſc. vend.* ex adverſo etiam emptori, qui duplo plus dedit, quam accepit, dandum eſſe, facile admiſerim cum interpretibus contra Cujacium *lib.* 16. *obſ.* 18. Quin etiam ad alios contractus venditioni ſimiles humanitatem conſtitutionis transferendam eſſe, veluti locationem, permutationem, familiæ aut rerum diviſionem, ſi quis duplo plus dederit, quàm accepit, aut duplo minus acceperit, quam dedit. Neque enim perſonæ beneficium eſt, ſed cauſæ, hoc eſt, non tribuitur perſonæ venditoris, ſed læſioni: quia læſus, non quia venditor. Quibus autem in cauſis eadem plane ratio eſt, in his idem jus ſtatui oportet, eſtque hæc communis uſuque forenſi recepta ſententia. Anceps autem & needum communi conſenſu terminata quæſtio eſt, an legis hujus beneficium ob enormem læſionem producendum ſit ad transactionem? puta ſi quis dicat ſe duplo minus ex cauſa transactionis accepiſſe, quam ei debebatur, aut quam in petitionem deduxerat. Non una autem ratio me impellit, ut in eorum inclinem ſententiam, qui id negandum putant. Primum illud me movet, quod transactio comparata eſt ad lites finiendas. *l. fratres.* 12. *C. de transact.* ſicut & jusjurandum; cui transactio æquiparatur. *l.* 1. *& l.* 2. *ff. de jurejur.* Unde conſequens eſt, ut quemadmodum dato jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum ſit, omiſſa quæſtione, an debeatur. *l.* 5. §. 2. *ff. de jurejur.* ita quoque lite transactione bona fide ſopita, nihil amplius quæri debeat, quam an transactum ſit: ne alioqui remedium finiendis litibus comparatum, earundem fiat ſeminarium; in quam rem & textus eſt notabilis in *cap.* 1. *ext. de transact.* Nec aliam rationem habere credo; quod placuit ne principali quidem reſcripto litem transactione legitima finitam reſuſcitari oportere, *l. cauſas.* 16. *Cod. de transact.* Sed nec minorem auctoritatem habet transactio, quam res judicata. *l. non minorem.* 20. *C. de transact.* At vero res judicata prætextu læſionis, licet immodicæ non reſcinditur. *l.* 4. *Cod. de re jud.* Et porro ſicut ex cauſa judicati ſolutum non reperitur condictione indebiti. *l.* 1. *C. de cond. indeb.* ita nec ſolutum ex cauſa transactionis, etſi debitum non fuerit. *l. in ſumma.* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb. l.* 6. *C. de jur. & facti ign.* quid quod pecunia, quæ transactionis cauſa datur, non datur tanquam in præteritum debita; ſed ob cauſam futuram, ne aliquid ſequatur, *l. nec intentio.* 23. *C. de transact.* quod apprime notandum eſt. Et magna ſatis cauſa juſtaque eſt, cur detur, nempe ut à lite diſcedatur. *d. l. in ſumma.* §. 1. *ff. de cond. indeb.* Gallorum proverbium eſt: *Il gaigne aſſez qui ſe met hors de procez.* Adhæc nec ob reperta poſtea inſtrumenta transactio reſcinditur. *l. ſub prætextu.* 19. *C. de transact.* At quæ juſtior cauſa læſionis, aut quæ gravior læſio?

Poteſt

Poteſt enim inſtrumentum oſtendere jus integrum & liquidum, quod forte accepta decima parte remiſſum ſit. In *l. Lucius Titius. 78. §. ult. ff. ad ſenat. Trebell.* proponitur caſus à Scævola, quo reperta ſunt inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hæreditate fuiſſe, quam heres fiduciarius ex cauſa fideicommiſſi reſtituerat: & tamen negat Scævola, ſi transactio intervenerit, amplius fideicommiſſi nomine peti poſſe. Non poteſt hic locus intelligi de transactione interpoſita poſtquam jam inſtrumenta reperta eſſent, quomodo à nonnullis accipitur: alioqui non transactio ea, ſed gratuita pactio & liquidi juris remiſſio eſſet. Ponamus vero poſtea transactum eſſe, an ideo minus audiendus, qui cauſabitur enormem læſionem? Adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an reſcindenda ſit transactio propter inſtrumenta poſtea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuiſſe, quam reſtitutum erat: ſed illud tantum, an in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniri queat? Unde intelligimus tanto minus transactionem bona fide interpoſitam prætextu læſionis reſcindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut ſi transactum ſit, in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniatur. Etenim transactione reſciſſa omnia in priſtinum ſtatum reſtituuntur: ſecus vero eſt, cum in reliquum duntaxat actio conceditur.

Unus locus eſt, qui huic ſententiæ objici ſolet, nempe *l. ſi ſuperſtite. 5. C. de dol.* ubi filiæ emancipatæ, quæ cum patre ſuper cauſa geſtæ tutelæ bona fide transegerat, ob immodicam læſionem actio in factum adverſus patrem datur. Ego vero non video, qua ratione ex iſto loco colligi poſſit, transactionem bona fide ab utraque parte interpoſitam ſolo læſionis prætextu poſſe reſcindi. Ajunt Imperatores, ſi filia immodicè læſa fuerit ex liberatione, quæ transactionem ſecuta ſit, novatione & acceptilatione ſolenniter interpoſita, ei non quidem actionem de dolo propter paternam reverentiam, ſed in factum actionem tribuendam eſſe. Hic igitur locus de alio caſu accipi non poteſt, quam quo immodica illa læſio intervenerit dolo patris, per fraudem, liberatione filiæ expreſſa, & nimirum quo caſu ſi adverſus extraneum ageretur, de dolo competeret actio. Dolum legibus vindicari nemo negat: cæterum & illud in confeſſo eſt de dolo agi non poſſe, niſi cum eo, in cujus perſona dolus arguitur. Nam cum hæc actio ſit in perſonam ſimpliciter, non in rem ſcripta, atque adeo famoſa (quam ob cauſam nec inter extraneos competit, ſi de ea re alia ſit actio. *l. 1. §. pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiam ſi alia actio non ſit. *l. non debet. 11. ff. eod.*) non aliter dari poteſt, quam ſi perſona deſignetur, cujus dolo malo factum ſit. *l. ſed et. 15. §. ult. eod.* nunquam alio colore, aut læſionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormiſſima, ut à pragmaticis vocatur, læſio; verbi gratia; quæ ultra beſſem ſit, dolum re ipſa inducat, paremque cum dolo ex propoſito vim habeat, commentum eſt interpretum in *l. ſi quis. 36. ff. de verb. oblig. vid. Anton. Fabr. Cod. ſuo forenſ. tit. de transact. defin. 3.* Cur igitur conſtitutio objecta requirit læſionem immodicam? Reſpondeo, id non debet interpretationem recipere ex *l. 2. C. de reſcr. vend.* quippe cum dolus non ex quantitate damni, ſed ex qualitate facti æſtimetur. *l. dolus. 10. C. eod. tit.* nec unquam eſſe poſſit ἄνευ προαιρέσεως. *l. 1. §. 1. ff. de dol. mal.* ſed ideo adjectum eſt, quoniam ſi modica tantum læſio interveniret, non facile adverſus patrem actio illa in factum ſubſidiaria actionis de dolo daretur: quemadmodum nec dari ſolet ipſa actio de dolo ob modicam ſummam adverſus alium quemlibet. *l. ſi quis. 9. § ult. cum l. ſeq. ff. de dol. mal.* ut bene *Ant. Fab. dec. 8. err. 10. Schiffordig. lib. 2. tract. 25.* ferè per tot. Porro ratio cur actori qui tranſegit, beneficium hoc concedendum non ſit, ſita eſt in dubio litis eventu. Quid enim? forte ei non debebatur, quod petebat. Et dato debitum fuiſſe quod petebatur, fortaſſe tamen probare non poterat, aut propter impenſas dubium litis eventum noluit exſpectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æſtimatio? Quæ dubia ſunt, ea certam æſtimationem non recipere ait Ulpianus in *l. quemadmodum. 29. §. 3. ff. ad leg. Aquil.* Imo vix eſt ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æſtimatio. Fatemur dubium eventum æſtimari poſſe. *l. propter. 23. ff. famil. erciſc. l. ſi jactum. 12. ff. de act. empt. l. 11. ff. de hered. vend.* ſed negamus dubii eventus certam poſſe conſtitui æſtimationem. *dict. l. quemadmodum. §. 3. l. quod debetur. 51. ff. de pecul.* ut proinde nec certa læſio dici poſſit, quæ ex hujuſmodi eventus dubii æſtimatione inducatur; cum tamen certam eſſe læſionem oporteat, &

quidem inſpecto præciſe tempore contractus, ut huic remedio ſit locus. Atque hanc eandem ob cauſam recte defenditur nec locum habere idem remedium in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præſtetur. *l.* 8. §. 1. *ff. de contr. empt.* *l.* 2. §. 3. *l.* 4. *l.* 11. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de her. vend.* *l. ſi plus.* 74. §. *ult. ff. de evict.* *l.* 1. *C. eod.* In reo autem tranſigente prima facie videri poteſt omnino non eſſe locum huic quæſtioni: quippe cum nemo plus dare ſoleat, quam ab eo petitur: ſed tamen & in reo tranſigente poteſt locum habere: nam etſi nemo plus ſolvit, quam ab eo petitur: attamen dicere poteſt, ſe nihil aut duplo minus quam dedit, debuiſſe, & nihilominus ad vitandam litem tantam ſe ſummam dediſſe. Cæterum nec reo hoc caſu remedium *dict. l.* 2. *C. de reſc. vend.* tribuendum erit. Nam cum eodem caſu ceſſet condictio indebiti. *l. in ſumma.* 65. §. 1. *ff. l.* 2. *C. de cond. indeb.* *l.* 6. *Cod. de jur. & facti ign.* quæ ipſa humanitate, bonoque & æquo introducta eſt: *l. pen. ff. de cond. indeb.* utique & ceſſare debet remedium *dict. l.* 2. Non me latet Pinellum ad *dict. l.* 2. *p.* 1. *c.* 3. *num.* 5. bonamque cum eo partem interpretum beneficium *dict. l.* 2. porrigere ad quoſcunque contractus, etiam ſtricti juris, atque adeo ad ipſam quoque transactionem. Sed profecto beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate conceſſum, haud temere ad ſtricti juris judicia producendum eſt: utique ad transactionem nequaquam, quæ ad liberationem & lites ſopiendas comparata eſt: quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. num.* 10. audaci ſane, ut mihi videtur, interpretatione, & multarum litium ſemina continente: *vid. Andr. Gail.* 2. *obſ.* 70. *Damhoud. prax. civ. c.* 200. *n.* 6. *& ſeqq. Fachin.* 2. *contr.* 26. *Diod. Tulden ad tit. Cod. de reſc. vend. num.* 5. *Ant. Fab. dec.* 8. *err. pragm.* 10. *Don. in dict. l.* 2. *Cod. de reſc. vend. num.* 22. *Perez. ad dict. tit. Cod. num.* 14.

ARNOLDI

ARNOLDI VINNII, JC.

SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM LIBER II.

CAP. I.

Si conductor caſus fortuitos in ſe ſuſceperit, an id quoque ad caſus inſolitos pertineat?

CERTUM eſt caſus fortuitos nullo in judicio præſtari, ac ne in commodati quidem. *l.* 5. §. *quod vero.* 4. *ff. commod. l.* 1. §. *& ille* 4. *ff. de oblig. & act.* §. 2. *Inſt. quib. mod. re contr. oblig. l. contractus. de reg. jur. l.* 6. *C. de pign. act.* quo poſtremo loco verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio*, non ſunt adjecta ad excludenda judicia ſtricti juris. *l. ſi ex legati.* 23 *ff. de verb. oblig. l.* 5. *de reb. cred.* ſed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus ſolius debitoris utilitas verſatur, cujus generis eſt commodatum: nam ſi in commodato non præſtatur caſus fortuitus, multo minus illic præſtari debet, ubi ſolius creditoris commodum vertitur, quamvis contractus ſit ſtricti juris. Conductor autem ex natura contractus (quippe in quo tam locatoris quam conductoris utilitas vertitur) ne quidem de omni culpa tenetur, ſed de levi duntaxat. *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 3. §. 1. *ff. naut. caup. ſtabul. l. in navem.* 31. *in fin. ff. locat.* tantum abeſt, ut de vi majore & caſu teneatur *l. ſi merces.* 25. §. *vis major.* 6. *ff. locat. d. l. contractus. de reg. jur.* Cæterum natura contractus conventione contrahentium mutari poteſt. Finge conveniſſe ut in depoſito culpa quoque præſtaretur, aut in commodato dolus tantum, nec plus, nec minus, quam placitum eſt, præſtabitur: quamvis alias in illo dolus duntaxat, in hoc etiam omnis culpa præſtetur. *l.* 5. §. 2. *&* §. *interdum* 10 *ff. commod. l.* 1. §. *ſi convenit.* 6. *ff. depoſ. l.* 1. *C. eod. d. l. contractus. de reg. jur.* Sed & ſi in negotio gerendo conventio interpoſita ſit de caſu præſtando, ſcilicet ut debitorem damna fatalia ſequantur, rata eſt conventio: contractus enim legem à conventione accipiunt, excepto ſi placuerit, ne dolus præſtetur. *dict. l. contractus. dict. l.* 1. §. *illud.* 7. § *ſæpe.* 35. *depoſ. l.* 6. *Cod. de pign. act.* Quamobrem & ſi quis ita fundum locaverit, ut ſi quid caſu fortuito ſive vi majore accidiſſet, hoc ei præſtaretur, pacto ſtandum eſt. *l. ſi quis.* 9. §. 2. *ff. locat.* Eſt autem caſus fortuitus id omne, quod humano captu prævideri non poteſt, aut cui præviſo non poteſt reſiſti. *l. in rebus* 18. *pr. ff. commod. l. ex conducto.* 13. §. 2. *ff. locat. l.* 1. §. 4. *ff. de oblig. & act. l.* 6. *Cod. de pign. act.* Igitur hoc certi juris eſt, ſi convenerit, ut

conductor etiam caſum fortuitum præſtet, conventionem valere, damnumque improviſo caſu contingens conductorem ſequi. Illud autem adhuc quæritur, an hujuſmodi conventio etiam pertineat ad caſus inſolitos, id eſt, an conductor in ſe recipiens caſus fortuitos, recepiſſe etiam intelligatur caſus inſuetos & raro admodum contingentes. Bartolus in *l.* 4. *§ pen. ff. ſi quis caut. jud. ſiſt.* & in *l. fiſtulas.* 78. *§. ult. ff. de contr. empt.* id negat, quem ſequitur *Mantica lib.* 5. *de tac. & ambig. conv. cap.* 8. *Gail.* 2. *obſerv.* 23. *num.* 18. *& vulgò DD.* nimirum diſtinguunt illi inter caſus fortuitos ſolitos, ſive communiter contingentes, & inſolitos ſeu qui præter conſuetudinem eveniunt, ut illorum quidem damnum conductor ex conventione præſtare teneatur, horum autem neutiquam, quaſi de iis cogitatum non eſſet. Sed mirum eſt profecto hanc ſententiam cuiquam probari potuiſſe: cum eventus inſolitus vel maxime contineatur appellatione caſus fortuiti, & fere ſolus etiam ſecundum ipſius Bartoli definitionem in *dict. l. fiſtulas* 78. *§. ult.* ubi cum dixiſſet eum, qui in ſe ſuſcipit caſum fortuitum, teneri de caſibus communiter contingentibus, mox imprudens ſibi contradicit, dum ait: caſus fortuitus intelligitur inopinatus, non ex conſuetudine eveniens, cum tamen quæ communiter contingunt, ex conſuetudine contingant. Nec fieri aliter potuit. Nam cum Bartolus in *dict. l.* 4. *§. pen. ff. ſi quis caut. jud. ſiſti.* ſententiam ſuam, nempe conventione de præſtando caſu fortuito interpoſita non intelligi caſum inſolitum, firmaſſet auctoritate Labeonis in *dict. l. fiſtulas. §. ult. ff. de contr. empt.* ubi ad hujus textus explicationem venit, neceſſe fuit, ut aut incaute ſibi contradiceret, aut ſententiam ſuam mutaret, adeo perſpicue ibi caſui fortuito adſcribuntur inſolita, & quidem inſolita tantum, non etiam quæ ſecundum conſuetudinem eveniunt. Verba Labeonis hæc ſunt; *Si frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidiſſes, dixiſti, te, ſi quid vi aut tempeſtate factum eſſet, præſtaturum, ea frumenta nives corruperunt; ſi immoderata fuerunt & contra conſuetudinem tempeſtates* (ita lego, *non tempeſtatis*, cum Salmaſio, *cap.* 24. *ad jus Attic.*) *agi tecum ex empto poterit.* Locus hic minime obſcurus eſt, ſed planus, ſi ullus alius. Notum eſt emptione perfecta, id eſt, ſimul atque de pretio convenit, periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinere, tametſi res emptori nondum tradita ſit: venditorem autem ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, præter dolum & culpam nihil præſtare. *§.* 3. *Inſt. de empt. & vend. l.* 8. *pr. ff. de per. & commodo rei vend.* & ſexcentis ſimilibus locis. Ergo in ſpecie a Labeone propoſita, ſi venditor nominatim caſus forte eventuri periculum in ſe non ſuſcepiſſet, nullam emptor cum ea actionem habuiſſet de frumento immoderata nive corrupto. At recepta in ſe caſus fortuiti præſtatione, de eo, quod tempeſtate contigit, ex conventione tenetur, ſi modo tempeſtas inſolita fuit, & præter morem cœli regionis ſævii: aut ut ipſe Labeo ait, ſi ideo frumenta corrupta, quia tempeſtates immoderatæ, & contra conſuetudinem fuerunt, quaſi quod vulgo & ex conſuetudine fit, pro caſu fortuito non ſit habendum. Quam ob cauſam ſatis mirari nequeo, quod Bartolus & paſſim alii firmamentum ſententiæ ſuæ petant ex eo loco, qui eam tam aperte deſtruit. Cæterum ſunt alia loca, quæ Bartoli ſententiam probabilem faciunt aut ſaltem prima ſpecie facere videntur. Primus locus eſt *l. Sejo.* 10. *§.* 1. *ff. de ann. leg.* ubi Papinianus ex facto de hujusmodi ſpecie conſultus, *Medico Sempronio, quæ viva præſtabam, dari volo*, reſpondet, ea videri relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Ad quem locum Bartolus notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam ſimilitudinem hæc ſpecies habet cum quæſtione propoſita. Tale enim legatum. *Quæ viva Medico præſtabam*, &c. non niſi ad certam quantitatem erogationis annuæ referri poteſt, quia inſtar honorarii ſeu ſtipendii annui medico id relinquere teſtatrix voluit: ac proinde nec videri poteſt teſtatrix ſenſiſſe de iis, quæ ex occaſione & quaſi fortuita liberalitate ſemel atque iterum in vita præſtiterat: quippe circa quæ legatum non potuit conſiſtere, utpote incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi poſſet: quia nimirum quæ extra ordinem & ex occaſione ϰ, τόχον ἴσος dedit, ea non ἐκ προνοίας aut perpetuæ voluntatis deſtinatione profecta fuerunt. Secundo, pro eadem ſententia affertur textus in *l.* 4. *§. pen. ff. ſi quis caut. jud. ſiſt.* ubi Juriſconſultus negat valere renuntiationem exceptionum, quæ contra vadimonium deſertum excuſent, niſi cauſæ exceptionum ſpecialiter fuerint expreſſæ. Reſpondeo, & illud diſſimile eſt. Nam qui caſum fortuitum in ſe recipit, ipſa nominis vi admonente

nente cogitat etiam de inſolitis, ſaltem in genere. At vero, qui exceptioni omni renunciat, non cenſetur cogitaſſe de iis cauſis, quæ de novo forte emerſuræ ſunt, ſed tantum de iis, quæ tunc cognitæ erant: & quia verba renuntiationis non reſpiciunt ad id de quo cogitatum non fuit, nec eo trahi debent; cum è converſo caſus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut bene & docte *Diod. Thulden. ad Cod. tit. de locat. num.* 11.

Cætera, quæ proferunt, minorem etiam ſpeciem habent: quale eſt illud quod in *l. 6. C. de pign. act.* dicitur, ea quæ fortuitis caſibus accidunt, prævideri non poſſe. Nam etſi prævideri non poſſunt, nec averti poſſunt: tamen præcogitari; & qui eos in ſe ſuſcipit, inſolitos quoque præcogitat, ut proinde de iis quoque in genere actum videatur. Tale quoque eſt, quod de procuratore univerſorum bonorum afferunt, nempe etſi is facere poteſt ea, quæ dominus facere ſolitus erat, non poſſe tamen facere, quæ dominus facere non conſuevit. *l. vel univerſorum.* 12. *ff. de pign. act. l. qui ſemiſſes.* 13. §. 1. *ff. de uſur.* Etenim mandati fines diligenter ſunt cuſtodiendi, ne quid fiat contra aut præter intentionem mandantis. *l. 5. ff. mand.* Generale autem mandatum, etſi verbis omnem adminiſtrationem continet, non continet tamen ſententia mandantis, quippe quem credibile non eſt ea mente fuiſſe, ut quid procuratori ſuo facere permiſerit, quod ipſe facere non conſuevit: & alias ſatis notum eſt, generali mandato non intelligi ea contineri, quæ quis veriſimiliter mandaturus non fuerat, ſed ſpeciale mandatum in his requiri; qualia ſunt cauſa famæ, reſtitutio in integrum, tranſactio, &c. *l. non ſolum* 39. §. *ult. & l. ſeq. l. mandato.* 60. *ff. de procur. l. illud.* 25. §. 1. *ff. de minorib.* Poſtremo, ejuſdem generis eſt, quod colligunt ex *l. qui occidit.* 30. §. 3. *verſ. at ſi omnia. ff. ad leg. Aquil.* ubi Paulus ait, eum culpa carere, qui omnia, quæ oportuit, obſervavit, & ſubita vis venti longius ignem produxit. Nihil enim ibi de caſu fortuito præſtando actum eſt ac proinde nec præſtari caſus fortuitus debet, nec magis inſolitus, quam qui crebrius evenire ſolet. *l. contractus. in fin. ff. de reg. jur.* eodemque modo reſpondendum ad *l. ſi putator.* 31. *ff. ad leg. Aquil.* & ad *l. ſi quis fumo.* 49. §. 1. *ff. eod.* ubi Ulpianus ſcribit, damnum injuria dediſſe non intelligi eum, qui magna vi cogente dedit, veluti qui alienas ædes medias dejecit, ne incendium ad ſuas ædes perveniret: qui textus eſt notabilis. Ita ferme & *Pauſchman. lib. 1. q. pract. cap. 6. & 7. Fachin. lib. 1. contr. c. 86. Diod. Thulden. ubi ſupra.*

CAP. II.

An emphyteuta donatione vel permutatione alienare poſſit emphyteuſin inconſulto domino?

Contractus emphyteuticus originem traxiſſe videtur ab incultis & ſterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter ſumptus, quos in illorum cultura & inſitione, ſive, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri neceſſe erat, in perpetuum, aut certe in longiſſimum tempus habendi & fruendi tradi cœperunt, ea lege, ut agri illi colerentur & conſererentur, idque modica penſione annua, quæ veri domini memoriam conſervaret: quanquam poſtea etiam agri cultiſſimi & fertiliſſimi eadem fere conditione locari cœperint. Eſt igitur jus emphyteuticum ſeu emphyteuſis jus perpetuarium, quo quis agro alieno tanquam alter quidam dominus utitur ac fruitur ſub lege certæ annuæ penſionis in recognitionem directi dominii præſtandæ. Non ſolum autem jus utendi fruendi per conſtitutionem emphyteuſios emphyteuta acquirit, ſed etiam jus emphyteuſin oppignerandi. *l. lex vectigali.* 31. *ff de pignor.* ſervitutem prædio imponendi, *l. 1. §. ult. ff. de ſuperfic.* jus vendendi, donandi, permutandi & quoquo modo in alium transferendi *l. 3 C. de jur emphyt.* unde eſt, quod emphyteutæ interdum domini vocantur. *l. 2. l. 4. C. de div præd. urban & ruſt. templ.* Et quidem Zenonis tempore alienatio emphyteuſios non tantum licita cuilibet fuit, ſed etiam libera. *l. 1. ff. ſi ag vectig. §. 3. Inſt. de locat. l. 1. C. de fund patrimon. lib.* 11. At lege Juſtiniani id jus nonnihil imminutum. *l 3. C. de jur. emphyt.* cujus hæc ſumma eſt, ut ſi inter dominum & emphyteutam in ipſo contractu de alienatione nihil convenerit,

venerit, (quam conventionem omnimodo ſervari vult) liceat quidem emphyteutæ jus ſuum in alium transferre, ſed certis conditionibus, quarum prima eſt: ut, ſi id vendere velit, domino illud denuntiet, eique offerat προτιμησιν ſeu emendi prærogativam. Non requiritur ergo conſenſus domini, ut vendere liceat, ut male plerique putant: verum ut ipſi potius, quam alii vendatur: ac proinde hæc non tam eſt requiſitio conſenſus domini, quam ſimplex certioratio. Secunda eſt, ut novus emphyteuta à domino in poſſeſſionem inducatur, ſeu, ut nunc vulgo loquuntur, inveſtiatur. Tertia & poſtrema, ut dominus pro admiſſione & ſubſcriptione ac depoſitione (cujus forma in *d. l.* 3.) accipiat honorarium vel laudemium, nempe quinquageſimam partem pretii, ſi vendatur, vel æſtimationis fundi, ſi per aliam conventionem, puta donationem vel permutationem, res fuerit alienata. Et duo quidem poſteriora, nempe inductio ſeu inveſtitura, & perceptio honorarii, obtinent in omni alienatione. At non ſatis expeditum eſt, an in caſu donationis & permutationis eadem quoque denunciatio, quæ in venditione requiritur, intervenire debeat, & hic etiam ſimilis prærogativa domino competat, non utique in hoc, ut, ſi emphyteuta rem alteri donare velit, dominus poſtulare poſſit, ut ſibi donetur, quod apertè iniquum eſt: aut ſi permutare cum alio emphyteuta cupiat, teneatur domino offerre permutandi prærogativam, quod & ipſum ſine manifeſta injuria emphyteutæ conſtitui non poteſt. Sed an emphyteuta priuſquam donet aut permutet, dominum certiorare debeat, ſe id facere velle, & ſic etiam offerre domino ſi velit, poteſtatem emendi; ſive an dominus poſſit æſtimationem ſolvendo ſic etiam rem ad ſe revocare. Reſpondeo, ne hoc quidem admittendum eſt, tum reſpectu donantis emphyteutæ qui forte, dum alium obligare & remunerare vult, ſimul vult extare monumentum liberalitatis ſuæ & manere in ſui memoriam: tum reſpectu donatarii, cui fortaſſis gratior eſſet & acceptior agellus emphyteuticarius, quam alterum tantum pecuniæ aut valoris, & qui forte ne dignaretur quidem pecuniam accipere. Et quid ſi emphytheuta prædium ſuum alicui legaverit, (poteſt enim & hoc facere. *l. ſi domus.* 71. *§. ult. ff. de legat.* 1. *l. in conventionibus.* 219. *ff. de verb. ſign.*) & id fecerit indulgens affectui amici ſui, an & hic dominus oblato pretio legatarium fundo ſibi legato privare poterit contempta voluntate defuncti? atqui legare, eſt donare. Aut quid ſi emphyteuta heredem teſtamento inſtituerit, an & hic idem domino licebit? In permutatione vero ſi hoc admittamus, fruſtrabitur emphyteuta deſiderio ſuo & fine cupito, nempe eo prædio, quod ſuo prætulit, & multas ob cauſas præferre potuit. Quid enim ſi alter illud vendere nolit, aut non niſi immodico pretio vendere velit, qui non aliam ob cauſam animum permutandi habuit, quam quod fundum emphyteutæ habere maluit, quam ſuum, ut homines diverſimode afficiuntur. Vendentis autem emphyteutæ plane nihil intereſt, à quo pretium accipiat, à domino, an ab alio: quippe quod ſolum deſiderat, & in quod nulla poteſt cadere affectio. *l.* 5. *ff. de in lit. jurando.* Hoc itaque poſito, ſupervacuum foret in donatione aut permutatione requirere conſenſum domini, eumve certiorare de donatione aut permutatione facienda ob alium finem, quam ut novum emphyteutam, in quem jus ſuum prior transferre vult, dominus admittat & in poſſeſſionem accepto laudemio ſuſcipiat: hoc autem facere dominus ad denuntiationem emphyteutæ tenetur, niſi in tales perſonas jus transferatur quæ in contractibus emphyteuticis excipi ſolent, aut non ſunt idoneæ ad ſolvendum emphyteuticum canonem *d. l.* 3. *verſ. neceſſitatem autem. C. de jur. emphyt.* Et bene Jaſon animadvertit principium *d. l.* 3. eſſe generale, atque in univerſum ibi prohiberi emphyteutam jus ſuum in alium transferre, hoc ſcilicet fine, ne inſcio & invito domino alius quilibet ac forte non idoneus emphyteuta ſubſtituatur, & ille privetur laudemio: at *verſ. ſed ne hac occaſione.* eſſe ſpecialem, & ad venditionem tantum pertinere, quam ſi facere velit emphyteuta, formam illic præſcriptam ſervare debeat. Arguunt hoc ipſa textus verba, *vendere*, *comparare*, *pretium accipere*, *eandem quantitatem præſtare*, quæ donationi aut permutationi non conveniunt. Arguunt & ea quæ mox ſequuntur, & quidem evidentiſſimè: quod neſcio an ab aliis obſervatum. Nam cum Imperator conſtituiſſet, quid ſpeciatim in contractu venditionis obſervari vellet; nempe atteſtationem meditatæ venditionis domino transmittendam eſſe, eique offerendam emendi prærogativam, & ſi deliberaturum ſe dicat dominus, reſponſionem ejus per bimeſtre temporis ſpatium exſpectandam, tunc definit generaliter, quid emphyteutæ concedendum in omni emphyteuſios alienatione. Et primo quod ad venditionem attinet, ſi dominus neget ſe emere velle, aut per memoratum tempus nihil reſpondeat,

ſpondeat,

ſpondeat, tunc liceat emphyteutæ jus ſuum, cui velit, dummodo perſonæ idoneæ, vendere, atque ut dominus neceſſe habeat hunc novum emphyteutam accipere. Deinde, ſi emphyteuta alio modo jus ſuum ad perſonas conceſſas & idoneas tranſponere velit, poſſe hoc eum facere etiam domino inconſulto, nullâ nec emphyteutæ impoſita denuntiationis neceſſitate, nec conceſſa domino contradicendi licentia. Utroque autem caſu exigit, ut dominus ipſe novum emphyteutam in poſſeſſionem inducat, & emphyteuta hanc inductionem à domino teſtato petat, dominique de ea re voluntatem per duos menſes exſpectet; qui ſi novum emphyteutam intra id tempus admiſerit, tum illi pro admiſſione ſua & ſubſcriptione honorarii loco vult tribui quinquageſimam partem pretii, ſi jus emphyteuticum venditum eſt, vel æſtimationis loci, ſi ex alia cauſa tranſlatum. Quod ſi dominus toto eo tempore ſuperſederit novum emphyteutam, alioqui idoneum admittere, tum Juſtinianus ipſi emphyteutæ liberam poteſtatem concedit rem transferendi, novumque emphyteutam inducendi in poſſeſſionem, nihil laudemii nomine domino relicto, quod alias pro admiſſione conſecuturus fuiſſet. Atque hæc communis interpretum ſententia eſt in *d. l. 3.* quam ſequitur Mantica *lib. 21. de tac. & ambig. convent. tit. 28 n. 56. & ſeqq. & n. 69.* atque ibi citati. *Diod. Thulden. in Cod. d tit. n. 8. Bronchorſt. cent. 1. aſſert.* 80. eamque bene & erudite defendit *Donell. lib. 9. comm.* 14. Diſſentit ex parte *And. Fachin. lib 3. cont. c. 97. & lib. 6 c. 98.* Cujus argumentis facile occurri poterit ex iis, quæ jam dicta ſunt. Rationes quoque aliorum, qui etiam in caſu donationis & permutationis emendi, prius domino poteſtatem faciendam contendunt, eumve, æſtimatione oblata jus habere rem ad ſe revocandi, leviores ſunt, quam ut novam & peculiarem mereantur reſponſionem. Obiter hic noto quibuſdam, nempe curialibus, vetitum eſſe prædia ſua ſine decreto vendere, donare & permutare permiſſum: ex quo apparet, non ſemper à venditione ad donationem licere τυχόντι ζεῖν de quo interpretes ad *l. non debet. 21. ff. de reg. jur.* Quatenus noſtris & Gallorum moribus à conſtitutione Juſtiniani in *d l. 3. C. de jur. emphyt.* receſſum ſit, diſce ex *Grœnevv. tract. de leg. abrog. ad d. l. 3. Grot. lib. 2. introd. ad juriſpr. Bat. c. 4. Mornac. & Autumn. ad d. l. 3.*

CAP. III.

An dominus fundi emphyteutici, poſt elapſum tempus canonem recipiens, videatur renuntiaſſe caducitati?

PRæſtatio canonis ſeu penſionis annuæ pars eſt eſſentialis contractûs emphyteutici, & argumentum reſervati domini, in cujus rei fidem etiam ſolvitur. Quamdiu autem canon ſuo tempore ſolvitur, non licet domino expulſo emphyteuta agrum auferre, *l. 1. pr. ff. ſi ag. vect. ſeu emphyt. pet. §. 3. Inſt. de locat.* Quod ſi emphyteuta per triennium canonem ſolvere ceſſaverit, tum is jure ſuo, volente domino, cadit, niſi quid ſecus privata pactio ſuadeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* In emphyteuſi eccleſiaſtica ceſſatione biennii jus amittitur. *auth. qui rem. C. de ſacr. ſ. eccleſ.* Quid autem, ſi emphyteuta poſt ceſſationem tanti temporis canonem elapſum domino obtulerit, iſque eum ultro ſine proteſtatione acceperit, an non videri debet dominus hoc ipſo caducitati renuntiare, & ſolventem pro emphyteuta agnoſcere? Et ſiquidem emphyteuta eccleſiæ per biennium in ſolvendo canone ceſſaverit, noviſſima Juſtiniani lege licentia datur eccleſiæ & præcedentis temporis canonem ab emphyteuta exigendi, & præterea rem emphyteuticam vindicandi, ſive, ut Juſtinian. loquitur, τὸν ἐμφυτευτὴν ἐκβάλλειν τῆς ἐμφυτεύσεως. *Nov. 120. c. 8.* unde *auth. qui rem C. de ſacroſ. eccleſ.* Igitur ſi prælatus aut capitulum poſt biennium canonem præteriti temporis exegerint, aut ultro oblatum receperint, ſalvum nihilominus manet eccleſiæ jus emphyteutam expellendi. Cæterum cum hoc conſtitutum ſit ſpeciali favore eccleſiarum & venerabilium domuum, ut apparet ex *d. c. 8. Nov. 120.* nec prælato concedendum, ut jus eccleſiæ ex caducitate quæſitum remittere poſſit: non temere id ad emphyteuſin civilem trahi debet.

bet. Imo, quia Juſtinianus id ſpecialiter conſtituit in emphyteuſi eccleſiaſtica, hoc ipſum argumento eſt, noluiſſe eum idem obſervari in emphyteuſi civili, ut proinde hic ſtandum ſit rationi & regulis juris communis. Videamus igitur, quid hic ex ratione juris communis in emphyteuſi civili, ſtatuendum ſit. Illud omni dubio caret, quod emphyteuta ob canonem triennio non ſolutum jure ſuo volente domino excidit, etiamſi interpellatus à domino non fuerit, *l.* 1. *C. de jur. emphyt.* quippe cum dies hic interpellet pro homine, ut vulgo dicitur. *l.* 12. *C. de contr. & comm. ſtip.* ſed neque moræ hic admittitur purgatio: quoniam, ubi pœna & dies adjicitur, mora purgari non poteſt, *l. Celſus.* 23. *pr. ff. de rec. arbitr. l.* 4. *§. ult. ff. de leg. commiſſ. l. cum ſtipulatus.* 113. *ff. de verb. oblig. l. ad diem.* 77. *ff. eod.* Ratio eſt, quia quod jus parti ſemel quæſitum eſt, ſive lege, ſive propria conventione, id ei auferri non debet. *l.* 2. *ff. de his qui ſui vel alien. jur. l.* 12. *ff. de reg. jur. Fac. d. l.* 23. *ff. de recept. arbitr.* quanquam emphyteutæ eccleſiæ jure canonico permiſſum moram purgare celeri ſatisfactione. *c. ult. ext. de locat.* forte quia jus ſuum citius amittit, eoque jure & in civili nos uti ſcribit. *Grotius lib.* 2. *introduct. cap.* 40. de quo tamen vide. *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ. c.* 117. *num.* 3. *Coren. obſ.* 22. *rer. jud. à ſupr. Holl. ſenat. Groenevv. tract. de leg. abrog. ad d. l.* 2. Cum igitur emphyteuſis (loquimur de civili) non ſoluto per triennium canone ipſo jure in commiſſum cadat, nec cadat tamen niſi volente domino, quod etiam de voluntate tacita accipiendum eſt, eleganter quæritur, an, ſi dominus poſt triennium canonem præteriti temporis oblatum ab emphyteuta ſine proteſtatione acceperit, aut ipſe canonem exegerit, commiſſo renuntiaſſe videatur? Affirmant *Guido Pap. quæſt.* 171. *Clar. §. emphyteuſis quæſt.* 10. *Bachin.* 1. *contr.* 99 *Perez. in C. de jur. emphyt. in fin. Ant. Fab. C. eod. defin.* 16. *Iaſ. late in l.* 3. *C. d. tit. & DD. comm.* quos etiam ſecutus eſt *Bachov. in Treutl. vol.* 1. *diſp.* 29. *theſ.* 12. Negant *Mantica lib.* 22. *de tac. & ambig. convent. tit.* 33. *num.* 1. *& ſeqq. Bronchorſt cent.* 1. *aſſert.* 83. *D. Thulden. ad Cod. de jur. emphyt. n.* 15. *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 157 *n.* 8. *& ſeq.* Ego priori ſententiæ, ut probabiliori mihi viſæ, ſemper adhæſi, ac ne nunc quidem quicquam muto. Moveor, quod jus commiſſi cum ſit pænale, facile remiſſum intelligatur, ſicut evenit, cum alia qualibet pœna commiſſa ob non ſolutam ſua die pecuniam, ſors petitur poſt diem, aut cum venditor, qui legem commiſſoriam exercere potuit, pretium petere maluit, *l. pen. ff. de leg. commiſſ.* nimirum in odium pœnarum quæ ſemper odioſæ, ſive legitimæ ſint, ſive conventionales. *l. ult. ff. de eo quod cert. loc. l. pen. ff de pœn.* Utique regulariter res ipſa & pœna ſimul peti non poteſt. *l. reſcriptum.* 10. *§.* 1. *ff. de pact. l. ſi pater.* 12. *§.* 2. *ff. de pact. dotal. l.* 4. *§. Labeo.* 7. *ff. de dol. mal. except. l.* 4. *C. de pact. int. empt.* nec pœnæ legitimæ & conventionalis ulla hic diverſa ratio eſt, cum utraque adjiciatur, ut debitor magis excitetur ad præſtandum id, ad quod præſtandum ex conventione aut lege obligatus eſt. Perperam autem ad hæc loca & ſimilia reſpondetur, quod pœnalis ſtipulatio per ſe non conſiſtat, ſed acceſſio ſit obligationis principalis, qua ſublata & ipſam tolli neceſſe ſit. Verum enim non eſt, pœnalem ſtipulationem acceſſionem eſſe ejus obligationis, cui ſubjicitur: per ſe enim ſubſiſtit. *§. ult. Inſt. de verb. oblig. l. ita ſtipulatus.* 115. *pr. ff. eod.* & valet, etiamſi ſubjecta ſit inutili. *l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri* 17. *ff. eod.* Imo & uſuræ præteritæ, quæ ex ſtipulatione debentur, obligatione ſortis ſublata adhuc peti poſſunt, quia duæ hic ſunt obligationes ſeparatæ, *l. centum Capuæ.* 8. *ff de eo quod cert. loc. l.* 1. *C. de judic. arg. l. qui per colluſionem.* 49. *§* 1. *ff de act. empt. l.* 5. *C. depoſ.* à contrario ſenſu. Quod autem pœnalis ſtipulatio ſubjecta turpi aut impoſſibili inutilis eſt, *l. ſtipulatio* 61. *l. ſi homo* 69 *ff. de verb. obl.* non eam rationem habet, quod ſit acceſſoria aut inutili ſubjecta; ſed quia & ipſa eodem vitio, quo prior, laborat, & pro turpi aut impoſſibili habetur, per *l. aliud eſt fraus* 131. *ff. de verb. ſign.* de quo fuſe *Donell. ad d. l. ſi homo.* Confirmat hanc noſtram ſententiam *l. Æmilius* 38 *ff. de min.* in verb. *& pretium petendo à lege ſua receſſiſſe.* item *l. Celſus* 23. *pr.* verſ. *Sin autem oblatum accepit, pœnam petere non poteſt. ff. de recept. arb.* & ſimilis locus eſt in *l. pen. ff. de leg. commiſſ.* Igitur ſi dominus non poteſt exigere canonem, & ſimul exercere jus caduci, ſive rem vindicare, & emphyteutam expellere, etiam recipiendo canonem oblatum, caducitati & rei vindicationi renuntiaſſe videtur. Etenim hoc poſito, quod privatio & expulſio ſit pœna, uti revera eſt, ſi dominus non ignarus emphyteutam jure ſuo cecidiſſe, quo non niſi eo volente cadit, canonem præteriti temporis ſibi oblatum receperit, ſolventem pro emphyteuta agnoſcere, & pœnam remittere intelligitur. Adde quod durum atque iniquum eſt, emphyteutam & jus ſuum atque meliorationes amittere, & nihilominus ad canonem ſolvendum compelli. Quod autem apprime hic notandum eſt, emphyteuta canonem non ſolvens duplici de

cauſa

cauſa jure ſuo privatur: primo, quia penſionis damno dominum affecit: deinde, & quidem præcipue, quod ſe emphyteutam eſſe negare videatur. Utrumque autem hoc vitium purgatur canone poſtea oblato & ultro à domino recepto. Non obſtat, quod quidam objiciunt, canonem ſolvi pro perceptis fructibus, pœnam infligi ob ceſſationem. Nam canonis ſolvendi hic principalis finis eſt, ut memoria domini conſervetur, &, ut nunc vulgo loquuntur, ut dominus recognoſcatur: quapropter non tam pro perceptis fructibus quam in recognitionem dominii ſolvitur. Longe alia ratio eſt coloni, à quo, licet ejecto, locator mercedem exacti temporis petere poteſt. *l. colonus. pen. ff. locat.* quoniam merces pro perceptis fructibus debetur & ſolvitur: nec colonus jus aliquod dominio proximum, quod amittat, in fundo habet, impenſaſque utiles, ſi quas fecit, recipit. *d. l. colonus.* nec locatore expulſo quicquam lucratur aut conſequitur præter poteſtatem alteri rem locandi, quod ſæpe etiam incommodum locatori affert. Aliud quoque juris eſt; cum utrumque debetur & res & pœna, ut in ſpecie *l. 7. §. 1. ff. de cond. furt* & in emphyteuſi eccleſiaſtica *Nov. 120. c. 8.* item in ſpecie *l. ſi quis major 41. C. de tranſact.* & denique ſi pœna adjecta ſit coërcendo contemptui, ut in caſu *l. ſi quis rem 30. ff. de recept. arbitr.* Plane ſi dominus canonem præteriti temporis accipiens proteſtetur ſe non alia lege eum accipere, quam ut ſalvum ſibi maneat jus commiſſi: jus illud adhuc exercere poterit: quoniam proteſtatio conſervat jus proteſtantis *l. 4. §. 1. ff. quib. mod. pign ſolv.* haud ſecus ac cum inter contrahentes ab initio actum eſt, ut rato manente pacto pœnam exigere liceat *l. pen. ff. de tranſact.* Neque vero proteſtatio hæc novum jus domino tribuit, ut quidam hinc colligunt, ſed jus expulſionis, quod ante habuit, ei conſervat, cui proteſtationi ſi non contradicat emphyteuta, in eam conſentire videtur. *c. qui tacet ext. de reg. jur.* Quod ſi dominus cum proteſtatione accipiat canonem futuri temporis, ſive elapſum poſt tempus quo emphyteuſis in commiſſum cecidit, nihil hæc proteſtatio dominum juvabit: quoniam proteſtatio facto contraria nihil operatur. *l. 1. §. 1. ff. ſi uſusfruct. pet.* Eſt autem actus receptionis canonis in tempus futurum prorſus contrarius juri quæſito: hoc enim ſupponit non eſſe amplius emphyteutam, ille contra adhuc eſſe. Digna mihi viſa fuit hæc quæſtio, quæ paulo accuratius tractetur, quam apud pleroſque hactenus tractata fuit.

CAP. IV.

An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?

Creditorum alii ſunt chirographarii, id eſt, qui citra hypothecam perſonalem tantum actionem habent; alii hypothecarii: & in utroque genere quidam privilegiarii, quidam puri & ſimplices, vel chirographarii vel hypothecarii. Puri chirographarii creditores inter ſe concurrentes omnes pares ſunt, etſi alii alios tempore præcedant. *l. 6. C. de bon. auct jud.* Quod ſi cum Chirographariis ſimplicibus concurrant ejuſdem generis creditores, ſed privilegiarii, id eſt, privilegium perſonale exigendi habentes, hi illis potiores ſunt. Inter ipſos autem privilegiarios ejuſdem tituli, licet diverſi temporis, nulla prælatio eſt. *l privilegia. 32. ff. de reb. auct jud. poſſ.* Hujus generis creditores ſunt reſpublica, *l. penult. §. 1. ff. de reb auct. jud. poſſ. l. 2. C. de jud. reipubl. lib.* 11. qui in navem extruendam vel inſtruendam, vel in rem emendam crediderunt: *l qui in navem. 26. l. quod quis navis. 34. ff. d. tit. &c.* Inter ejuſdem generis creditores numeratur, & qui ob reſtitutionem ædificii collapſi pecuniam credidit. *l. ſi ventri. 24. §. 1 ff. eod l. creditor. 25 ff. de reb. cred.* Sed huic poſtea ſenatuſconſulto etiam pignus datum eſt. *l. 1. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* quod haud dubie ad eum quoque pertinet, qui credidit in refectionem & fulturam domus alioqui ruituræ: vi ipſa enim reſtituit, qui efficit, ne ruat. Unde quæſitum eſt, an non & ille jus taciti pignoris habere debeat, qui in navem armandam aut reficiendam pecunias credidit. Multum enim intereſt, utrum quis tantum habeat perſonale privilegium exigendi, an vero hypothecam ſive pignus. Nam qui hypothecam habent, ſive tacitam,

ſive expreſſam, præferuntur omnibus creditoribus, qui privilegium exigendi duntaxat habent. *l. eos qui 9. C. qui pot. in pign.* quam ob cauſam hi etiam fiſco poſtponuntur. *d. l. quod quis navis. ff. de reb. auct. jud. poſſ. junct. l. 1. & l. 2. C. in quibus cauſ. pign. tac. l. 2. C. de jur. fiſc. l. ſi quis. 28. ff. eod.* Ego non invitus in eorum ſententiam concedo, qui negant eum, qui in navem reficiendam credidit, jus tacitæ hypothecæ habere. Etenim omnes tacitæ hypothecæ legibus nominatim conſtitutæ ſunt; nulla autem lex talis hypothecæ meminit. Datur quidem in navem inſtituendam credenti perſonale privilegium exigendi *d. l. qui in navem 24. & d. l quod quis 34. ff de reb. auct. jud. poſſ.* at idem privilegium etiam ei datur, qui credidit in navem extruendam aut fabricandam, quem conſtat tacitam hypothecam non habere, cum nec ei, qui in extructionem novæ domus pecuniam mutuam dedit, tacitum pignus datum ſit, ſed ei tantum, qui credidit in reſtitutionem, id eſt, reædificationem & inſtaurationem collapſæ. *l. 1. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* Sed & idem privilegium iiſdem locis ei tribuitur, qui in navem aliamve rem emendam credidit, quæ tamen res in cauſam pignoris non deducitur, niſi id expreſſe convenerit. *l. quamvis. 17. C. de pign. l. 7. C. qui pot. in pign.* & ita ſæpe judicatum eſt, *deciſ. Cur. Holl. 35. Sande lib. 3 tit. 12. defin. 5. & 7. Ant. Fab. C. ſuo for. tit. qui pot. in pign. defin.* 10. Fallitur igitur Accurſius, & qui eum ſequuntur. *Covar. 1. reſol. 7. n. 3. Neguzant. p. 2. mem. 4. n. 162. caſ. 16.* aliique ibidem citati, dum putant, etiam eos, qui ad refectionem navis pecuniam mutuam dederunt, taciti pignoris jus habere, propterea quod horum pecunia non minus navem ſalvam fecit, quam illius, qua refecta aut reſtituta eſt inſula, ſive ædificium. Nam ſi hoc verum eſt, etiam ille, qui pecuniam ad navem aut aliam rem emendam credidit, eam rem ſibi obligatam habebit: quia utique per hanc creditoris pecuniam debitor conſecutus eſt, ut eam rem habeat; quod tamen falſum eſt. *d. l. quamvis. C. de pignor.* Nempe non temere, quod nominatim jure ſingulari tributum eſt ei, qui in reſtitutionem aut refectionem ædium pecuniam dedit, trahendum eſt ad quoſvis, qui in cujuſcunque rei refectionem pecuniam crediderunt, contra *l. quod vero. 14. & l. ſeq. ff. de legib.* Neque eadem profecto cauſa eſt ædificii reficiendi, & navis aut alterius rei conſervandæ. In ædificiis tuendis ſarciendiſque non modo utilitas aliqua publica verſatur; ſed in eo etiam decus urbis & ornamentum agitur, ut ædificia integra ſint & bene compoſita, non caſſa & ruinoſa, ne aſpectus urbis deformetur ruinis. Quamobrem non in hac tantum re, verum etiam in aliis contra non neceſſarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis & ſartis tectis tuendis multa legibus cauta & conſtituta ſunt. Nam & lex duodecim tabularum de tigno alienis ædibus injuncto agere non permittit, ut id eximatur, ne ſub hoc prætextu ædificia diruantur. *l. 1. ff de tign. junct.* & ſenatuſconſulto cautum, ne ea quæ ædibus juncta ſunt, legare liceat, niſi hactenus ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur. *l. cætera. 41. §. 1. & 2. ll. ſeqq. ff. de legat. 1.* Quorum nihil ſimile in navi aut cæteris rebus. Ac propterea omnino dicendum eſt, ceſſantibus & verbis ſenatuſconſulti & ſententia, pignus in aliis rebus non conſtitui, quæ refectæ noſtra pecunia fuerunt, niſi de eo generaliter aut ſpecialiter convenerit, extra cauſam creditæ in reſtitutionem aut refectionem ædium; ut ut navium quoque exercitio ad utilitatem reipublicæ pertineat. *l. 1. §. licet autem 20. ff. de exerc. act.* Nam ſi ex eo inferre velis etiam eum, qui in refectionem navis credidit tacitum pignus habere, eadem ratione & is habebit, qui in extruendam credidit, cum tamen, ut ante dictum eſt, ne ille quidem habeat, qui credidit in ædificationem novæ domus. Decepti fuere Accurſius & alii, qui contra ſentiunt, duobus locis Ulpiani, in quibus legerunt, eum, qui in rem conſervandam pecuniam credidit, cæteris creditoribus eſſe potiorem, quibus eadem res prius obligata erat, additis nominatim exemplis de eo, qui ad armandam vel reficiendam navem credidit, adjectaque hac ratione, quia hujus creditoris pecunia ſalvam fecit totius pignoris cauſam. *l. interdum. 5. & l. ſeq. ff. qui pot. in pign.* quæ utique ratio ad omnes ex æquo pertinere videtur, qui quid in rem reficiendam & conſervandam impenderunt. Jam vero, qui in navem reficiendam credidit, non poteſt potior in pignore cæteris haberi, niſi illi quoque navis obligata ſit. Sed male, inquam, hinc Accurſius colligit, eum qui in navem reficiendam credidit, habere jus tacitæ hypothecæ, ſive pignus legale, conſtitutum lege ſine conventione. Neque enim aut locis iſtis, aut toto illo titulo, cui ſubjecta ſunt, tractatur, quomodo pignus conſtituatur, navis aut res alia pignori obligetur; ſed quæritur, quis ex iis, quibus diverſis temporibus eadem res obligata eſt, in pignore ſit potior: & illud dicitur, eum, qui in navem, (intellige ſibi obligatam, quod fit aperta conventione

ventione armandam aut reficiendam pecuniam credidit, quamvis poſterior crediderit, cæteris in pignore eſſe potiorem: quod deinde & ad alia porrigitur, veluti ſi quis in merces ſibi obligatas; ut ſalvæ fiant, aut in cibaria nautarum, ſine quibus navis ſalva pervenire non poterat, &c. crediderit. *l. 6. d. tit. per tot.* Itaque nec ratio, quam affert Juriſconſultus in *pr. d. l. 6.* concludit pro pignore, ſed ex hypotheſi pignoris conventione conſtituti concludit pro jure prælationis. Et ſic ob eandem rationem is, cujus pecunia prædium compatatum eſt, licet poſterior ſit, cæteris creditoribus hypothecariis præfertur; ſed non aliter, quam ſi id prædium ei obligatum ſit, quod non fit niſi expreſſa conventione. *l. quamvis.* 17. *C. de pignorib. l. licet* 7. *C. qui pot. in pign.* Eodem modo reſpondendum eſt ad *Nov.* 97. *c.* 3. Nam nec illic Juſtinianus quicquam definit aut conſtituit de tacito pignore, ſed relatis diverſis creditoribus, qui quidem omnes hypothecam eamque privilegiatam habent, ſed alii expreſſam, quales ſunt, quorum pecunia navis, aliave res fabricata, reparata aut comparata eſt, ea lege, ut pignori eſſet. *d. l. licet C. qui pot. in pign. d. l. quamvis* 17. *C. de pignor.* alii tacitam, ut mulier in cauſa dotis, tractat de jure prælationis, ſancitque ut inter hujus generis creditores temporis ordo ſervetur, & is nimirum cæteris præferatur, qui antiquiorem hypothecam, ſive expreſſam, ſive tacitam cum privilegio habet, juxta vulgatum illud, privilegiatus adverſus privilegiatum non utitur privilegio ſuo. *Nov* 91 *c.* 1. *l. ult.* §. 1 *in fin. C. qui pot. in pign. hab.* Atque hæc neotericorum communis ſententia eſt, *Donell. de pign. c.* 5 *Bronchorſtius cent.* 2. *aſſert.* 77. *Gudelin. lib.* 4. *de jur. noviſſ. c.* 18. *Perez in Cod. tit. in quib. cauſ pign. tac. n.* 13. *Bachov. lib.* 4. *de pign. c.* 9. & 14. à quibus malè diſſentit Coſtalius ad *l.* 5. *ff. qui pot. in pign.*

CAP. V.

An hypotheca conſtituta in rebus per beneficium l. 2. C. de reſc. vend. *avocatis, extinguatur?*

SPecies hæc eſto. Titius cum fundum à Sejo centum aureis emiſſet, eundem fundum ſibi traditum pignori obligavit Sempronio. Sejus venditor poſtea, cauſatus ſe ultra dimidium juſti pretii læſum eſſe, ſive ſe eum fundum duplo minore pretio, quam tempore contractus valebat, vendidiſſe, remedio *l. 2. C. de reſc. vend.* fundum avocavit recepitque. Quæritur an pignus ab emptore in eo fundo Sempronio conſtitutum reſolvatur? Bartolus conſtanter negat reſolvi in *l.* 3. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* & alibi. Baldus contra affirmat in *d. l.* 2. *num.* 17. *quæſt.* 13. Bartoli ſententiam amplectuntur *Cuman. Roman. Fulgoſ. Alexand.* & alii citati à Pinello in *d l.* 2. *p.* 2. *cap.* 3. *n.* 11. *Boër. deciſ.* 181. *n.* 10. ubi & communem hanc eſſe ſententiam teſtatur. Baldum vero ſecuti ſunt. *Caſtr. Salic. Cagnol Pinell. d. loc.* aliique plures ibidem relati *Neguſ. de pign. membr.* 1. *part.* 5. *n.* 43. *Mantic. lib.* 11. *de tac. & ambig. conv. tit.* 31. *n* 69. *ſeqq.* Elegans ſane quæſtio & digna diligenti inquiſitione! Nos hic pro Bartolo adverſus Baldum ſtabimus, non diſputandi tantum aut ingenii oſtentandi gratia: ſed quia veram eſſe ſententiam Bartoli omnino perſuaſum habemus. Neque tamen in hanc ſententiam nos traxit Bartoli ratio, quaſi, cum emptor quod deeſt juſto pretio ſupplendo, reſtitutionem rei evitare potuerit *d. l.* 2. *C de reſc. vend.* alienatio iſta & rei in venditorem translatio non ſit neceſſaria, ſed potius pro voluntaria habenda: quo caſu res cum ſuo onere & cum ſua cauſa tranſeat. *l.* 3. & *ll. ſeqq. ff. quib mod. pign. ſolv.* Nam ſi hujus controverſiæ deciſio ex eo tantum dependeret, utrum quæ alienatio voluntaria, an neceſſaria cenſenda ſit, in partes Baldi tranſirem: neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod præſtandum judicio conveniri & urgeri poſſumus, tametſi alterius rei præſtatione nobis liceat defungi. Qui quid faciendum promiſit, ſi tantum tempus prætericrit, intra quod fieri poterat, quod promiſit, in id ſolum conveniri poteſt, & id ſolum obligatione contineri incipit, quod ſtipulatoris intereſt factum eſſe, quod promiſſum erat. *l.* 14. *l. ſtipulationes.* 72. *l. ſi inſulam.* 84. *ff. de verb. oblig. l.* 13. §. 1. *ff. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum conteſtata eſt, placeat promiſſorem paratum præſtare quod

quod promiſit, adhuc audiendum eſſe, & faciendo liberari. *d. l. inſulam. l. ſi ſervum.* 91. *§.* 3. *ff. de verb. oblig.* cum autem alterutrum præſtare neceſſe ſit, non poteſt promiſſor præſtando quod ſtipulatoris intereſt, dici id feciſſe ἑκουσίως & volenti animo, non magis, quam ſi quis ex obligatione disjunctiva conventus, alterutrum ſolvat, dici poteſt ſponte & αὐτομάτως ſolviſſe, aut dominus noxali judicio conventus, ſi litis æſtimationem præſtare maluit, quam ſervum noxæ dedere: quod & Pinellus contra Bartolum bene obſervavit. Cæterum etſi nos rationem Bartoli improbamus, non tamen cum Pinello Baldum ſecuto improbamus Bartoli ſententiam; ſed alia ratione, eaque vera & ſolida, eam tuebimur: nempe quia jus creditori recte conſtitutum, reſtitutione poſt ſecuta citra injuriam ei auferri non poteſt; conſtitutum inquam, creditori, ut in ſpecie propoſita, ab eo qui plenum rei dominium habet, qui rem à domino emit pure ſine ulla conditione aut ſuſpenſiva aut reſolutiva, denique ab eo, cujus jus à nemine alio dependebat. Quid enim ſi primus emptor rem alteri vendidiſſet & tradidiſſet? Utique hunc effeciſſet dominum; neque primo venditori adverſus hunc ulla competeret actio: quia autem poteſt ſic, ut dixi, rem alienare, poteſt etiam, nec minus efficaciter, eam oppignorare. *arg. l. non debet* 21. *ff. de reg. jur.* Atque hæc eadem, quam dixi, ratio etiam efficit, ut debitore ſervum, quem emit, & oppignoravit, redhibente, pignus non ſolvatur. *l.* 4. *ff. quibus modis pign vel hypoth. ſolv. l. bovem* 4. 3. *§. pignus.* 8. *ff. de ædil edict* neque etiam eo caſu ſolvatur, quo res diſtracta eſt ea lege, ut ſi diſplicuiſſet emptori, eam reddere liceret. *l.* 3. *in fin. ff. eod. tit.* non autem ideo tantum quod redhibitio illa aut redditio ſit voluntaria: quanquam illud etiam verum eſt, non poſſe jus alicui ſemel quæſitum voluntate ejus, per quem illud quæſitum eſt, illi auferri *l. ult. ff. de pact. l.* 1. *§. ſi rem.* 25. *ff. depoſ. l. qui balneum.* 9. *pr. l. potior* 11. *pr. ff. qui pot. in pign.*

Utique ex iis, quæ dicta ſunt manifeſtum eſt, propoſitionem illam Baldi ex *l. lex vectigali.* 31. *ff. de pignoribus* quod reſoluto jure dantis reſolvatur & jus accipientis, perpetuam non eſſe: & alioqui nulla non alienatione rei neceſſe eſſet pignus finiri. Procedit iſta propoſitio ſive regula 1. ubi res ab eo pignorata eſt, qui plenum in ea re jus non habet, ſed alius eſt, qui in eadem re jus habet potentius reique ipſius proprietatem & ad quem jus illud à proprietate ſeparatum, quod alter habet, certis caſibus & certis ex cauſis pervenire poteſt, ſive illud jus ſit affine dominio, quale eſt emphyteuticum & ſuperficiarium, quod pragmatici utile dominium vocant; ſive ſervitus tantum & nudum jus utendi fruendi. Igitur ſi emphyteuta emphyteuſim, aut ſuperficiarius ſuperficiem oppignoraverint, jure eorum ſublato, puta quod alter in ſolutione canonis ceſſaverit, alter in ſolvendo ſolario, evaneſcet & pignus. *l. lex. vectigali* 31. *ff de pignoribus l. etiam ſuperficies.* 15. *ff qui pot in pign.* Nam quod domino jure publico certo caſu tributum eſt, id ei facto alieno adimi nequit. Eadem ratione & fortiore, ſi fructuarius uſumfructum pignori dederit (poteſt enim hoc facere. *l.* 9. *§.* 1. *l. ſi is* 11. *§.* 2. *ff. de pignor.*) finito uſufructu & ad proprietatem reverſo dicendum eſt jus pignoris ſimul expiraſſe. 2 Certo jure regula ſuperior procedit, quando heres eam rem pignori dedit, quæ legato aut fideicommiſſo conditionali eſt obnoxia, & conditio extiterit. *l.* 3. *§. ſin autem.* 3 *C comm. de legat. l. grege.* 13. *§.* 1. *ff. de pign.* quod & in reliquo jure medio tempore conſtituto obtinet, puta ſervitute, uſufructu. *l. is cui* 11. *§.* 1. *ff. quemad. ſerv. am. l. ſi ſub.* 16. *ff. quib. mod. uſ. am.* Item cum creditor pignus quod accepit, alteri obligavit, & debitor pecuniam, quam debebat, ſolvit: hic enim & jus ſecundi creditoris merito placet extingui. *l. debitor.* 40 *§. ult. ff. de pignor. act. l.* 1. *& l.* 2. *C. ſi pign. dat.* 3. Procedit eadem regula, cum contractus pure quidem eſt initus, ſed ſub conditione reſolutiva, ut fit in terminis factæ venditionis ſub lege commiſſoria, aut in diem addictione: itaque & hic ſi emptor medio tempore rem ſibi traditam pignori obligaverit, & ſua die pecuniam non ſolverit, aut alius intra diem præſtitutam meliorem conditionem obtulerit, cum contractu pignus quoque ſolvitur. *l.* 3. *in pr. ff. quib. mod. pign. ſolv. l.* 4. *§.* 3. *ff. de in diem addict.* Nam ſicut conditio ſuſpenſiva exiſtens retro ponit, quaſi ab initio pure contractum eſſet, ita conditio reſolutiva retro tollit, quaſi ab initio nihil actum eſſet. Et quod notandum eſt, hoc caſu citra ullum factum emptoris vi pactionis, cui hanc poteſtatem lex dedit, ipſo jure dominium rei revertitur ad venditorem, eamque vindicare poteſt à quocunque poſſeſſore, *l.* 4. *C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. verſ. quæſitum. ff. de leg. commiſſ.* non utique tanquam

rurſus

rurſus ei acquiſitam, ſed quaſi nunquam emptoris factam. At non procedit iſta regula, quando res vendita & tradita eſt ex contractu nulla conditione reſolutiva modificato; ut in caſu, quem proponit Ulpianus & auctoritate Marcelli decidit in *l. 3. in fin. ff. quib. mod. pign. ſolv.* nempe ſi res diſtracta ſit ea lege, ut ſi diſplicuiſſet emptori, eam reddere liceret, pignus in ea re ab emptore conſtitutum non finiri. Nam iſta conditio minime reſolutiva eſt, aut reſolutivæ vim habet, ut ea exiſtente ipſo jure reſolvatur, & annulletur contractus: ſed firma manente ipſo jure venditione, ſi emptor legem contractus exercere velit, & rem reddere, datur ei in hoc ut venditor rem recipiat, actio ex empto, aut proxima empti in factum præſcriptis verbis. *l. 6. ff. de reſc. vend.* Multo minus ergo locus eſſe poterit ſuperiori regulæ in caſu quem propoſuimus ubi pure & ſine ulla conditione, qua exiſtente aut reſolvatur contractus, ad eum diſſolvendum agere liceat, venditio facta eſt, & pleno jure dominium rei translatum. Ne quis autem putet iniquam hoc pacto inferri conditionem venditori, ſi rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum hic eſt venditori remedium ab Ulpiano & Paulo propoſitum in *l. redhibere. 21. §. 1. & l. bovem. 43. §. pignus. 8. ff. de ædil. edict.* nempe ut petat rem liberam reſtitui, aut eo nomine ſibi ab emptore caveri: quorum neutrum ſi præſtet emptor, pretium præciſe ſupplere tenebitur, amiſſa eligendi facultate, ut bene diſputat Bachovius *lib. 5. de pignorib. c. 13.* Ex his porro facile colligi poteſt, quid dicendum ſit, ſi res vendita cum pacto retro vendendi ab emptore pignori obligata ſit, & venditor poſtea oblato pretio præſcriptis verbis aut ex vendito agat, ut contractus fides ſervetur, & res ſibi reſtituatur ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* nimirum pignus non ſolvi, contra Neguſantium *dicta p. 5. memb. 1. num. 44.* Idem dicendum eſt, ſi donatarius rem ſibi donatam pignori dedit, & propter ingratitudinem revocata ſit donatio: quanquam id negent *Pinellus, ubi ſupra, n. 19. & Anton. Faber. dec. 23. err. 4.* qui contendunt hoc caſu pignus ſolvi. Pinellus hac ratione, quia donatarius invitus rem reſtituere tenetur: quæ ratio, quam infirma ſit, ſuperiora ſatis oſtendunt. Faber, quia donatio reſolvitur ipſo jure: quæ quidem ratio bona eſſet, ſi eſſet vera. Sed magis eſt, ut falſa ſit. 1. Quia perſonalis tantum actio ad revocandam donationem donatori datur. *l. his ſolis. 7. verſ. actionem vero matris C. de revoc. donat.* 2. Quia actio illa revocatoria non tranſit ad heredem *l. 1. d. l. 7. l. ult. C. eod.* 3. Quia exigitur mutatio voluntatis. *d. l. 1. & d. l. ult. verſ. ex his 4. arg. l. 11. ff. de reg. jur. l. traditionibus. 20. C. de pact.* nec poteſt ullus dari textus, quo probetur ipſo jure hic donationem reſolvi. Nam quod in *d. l. 7. C. de revoc. donat.* dicitur, actionem qua mater ab ingratis liberis donationem revocat, ita perſonalem eſſe, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur heredi; non hoc ſignificat eam actionem in rem eſſe, aut tantum effectum actionis in rem habere: nulla enim actio in perſonam dari poteſt, quæ actionis tantum in rem habeat effectum: ſed hoc, effectum tantum ultionis injuriæ habere, & vindictam ſolummodo perſequi, non pecuniam. Nempe iis verbis indicatur ratio, quare placeat actionem, quæ adverſus ingratos ad revocandam donationem datur, ſolis dari ipſis donatoribus; non etiam heredibus eorum, quoniam ſcilicet effectum tantum habet vindicationis, id eſt vindictæ & ultionis injuriæ, ut actioni injuriarum in hoc ſimilis ſit, quam conſtat heredi ejus, qui injuriam paſſus eſt, non dari. *§. 1. Inſt. de perp. & temp. act.* Vindicare enim proprie eſt ulciſci, & vindicare injuriam ſibi factam in *l. 2. §. item ſi 5. in fin. ff. de judic. l. deferre. 18. §. ſed communem. 7. ff. de jur. fiſc.* ſignificat exequi & crimen perſequi: adde *Cujac. lib. 4. obſ. c. 19. Bachov. lib. 5. de pign. c. 13.*

CAP. VI.

An juri offerendi debiti luendique pignoris præſcribatur longisſimo tempore, ſeu triginta aut quadraginta annis?

CReditor, qui in ſecuritatem crediti pignus accepit, ſoluto debito illud reſtituere debet, atque in eam rem prodita eſt debitori actio directa pignoratitia. *tit. ff. & Cod. de pign. act.* quæ actio toto genere differt ab ea quæ hypothecaria in rem eſt, daturque creditori ad pignus perſequendum, contra quemcunque pignoris poſſeſſorem *§. item Serviana. 7. Inſt de act. l. pignoris. 17 ff. de pignorib.* At pignoratitia eſt in perſonam, competitque debitori adverſus hunc ſolum. Hypothecaria jure pignoris ſoluto expirat: pignoratitia tunc demum efficax eſt. Illa occaſione juris creditori in re conſtituti à prætore datur, hæc ex contractu naſcitur re pignoris cauſa tradita acceptaque. Veteres tamen abuſive hypothecariam, quæ alias Serviana aut quaſi Serviana, etiam pignoratitiam appellant. *l. 3. §. 3. ff. ad exhib. l. naturaliter. 13. ff. de cond. ind. l. rem alienam. 41. ff. de pign. act. l. ſi Titio. 22. ff. de pignor.* quod notatu dignum. Cum autem debitor actione pignoratitia efficaciter experiri nequeat, niſi toto debito exſoluto, quæſitum eſt, an jus illud, quod debitor habet, offerendi ſcilicet pecuniam & pignus luendi, præſcriptione triginta aut quadraginta annorum tollatur. Negant Rogerius in *dialog. tract. de præſcript. Gail. 2. obſerv. 18. Mynſing. 1. obſ. 16. & qui DD.* ſi fides Gailio, communiter. Affirmant *Gloſſ. in l. 13. ff. de uſuc. Coſtalius ad l. mulier. 19. ff. pot. in pign. Bachov. 5. de pign. c. 20. Neguſant. p. 6. m. 2. n. 19.* quorum poſteriorum ſententia meo judicio probabilior eſt, eamque & communem eſſe ait Neguſantius. Negantium ſententia, ſeu affirmantium, poſſe pignus perpetuo lui etiam poſt triginta annos, defenditur hiſce fere rationibus. 1. Quia ſolvere debitum, vel non ſolvere, ſi creditor non urgeat, eſt meræ facultatis: rerum autem meræ facultatis nulla eſt præſcriptio. *l. 2. ff. de via pub.* & ſibi imputare debet creditor, ſi debitore ceſſante ſolvere, ipſe eum non interpellaverit, & ad venditionem pignoris proceſſerit, aut non reperto emptore jus dominii impetravit, juxta *l. 3. Cod. de jur. dom. impetr.* 2. Quia præſcriptio actionis demum incipit currere, ubi actio nata eſt. *l. 7. §. 4. C. de præſcr. 30. annor. l. 1. §. ult. C. de annal. except.* At actio pignoratitia demum poſt ſolutionem aut oblationem & depoſitionem pecuniæ naſcitur. *l. ſi rem. 9. §. 3. & ſeqq. ff. de pignor. act.* ac proinde ex eo demum tempore, quo pecunia oblata aut ſoluta eſt, utpote contra actionem jam natam currere incipiet præſcriptio. 3. Quod cum poſſeſſio creditoris ad uſucapionem proſit debitori. *l. qui pignori. 16. ff. de acq. poſſ. l. ſervi. 16. ff. de uſucap.* abſurdum ſit dicere præſcriptionem creditoris debitori etiam nocere, eique obſtare, quominus cum creditore actione pignoratitia experiatur, ut diſputat Cujacius ad *l. pignori. 13. ff. de uſuc.* Atque hæc ſunt præcipua eorum argumenta, qui negant jus luendi pignoris ullius temporis præſcriptione tolli. Cæterum quo minus huic ſententiæ ſubſcribam, impediunt illæ conſtitutiones, quæ diſerte volunt omnem actionem & omne jus ſive privatum, ſive publicum, triginta ad ſummum quadraginta annorum ſpatio excludi *l. 3. l. 4. Cod. de præſc. trig. annor. l. 1. §. 1. Cod de annal. except.* Tale autem utique jus eſt etiam jus debiti offerendi & luendi pignoris. Et cum jus creditoris adverſus debitorem & adverſus tertium extraneum poſſeſſorem pignoris, item jus primi creditoris adverſus ſecundum, atque ex contrario jus ſecundi adverſus primum longiſſimi temporis præſcriptione tollatur, nunc triginta, nunc quadraginta annorum *l. notiſſimi. 7. pr. & §. 2. & 3. de pr. 30. annor.* non video cur non etiam tanti temporis præſcriptione tolli poſſit jus luendi pignoris. Falſum enim eſt, quod pro vero ſupponitur à contrariæ ſententiæ auctoribus in primo eorum argumento, nempe jus luendi pignoris eſſe meræ facultatis eo ſignificatu, quo rerum meræ facultatis negatur eſſe præſcriptio. Deſcendit enim illud jus ex obligatione, quam debitor in judicium deducere poteſt: alioqui omnis actio & perſecutio res meræ facultatis dicenda eſſet. Sed illud meræ facultatis eſſe dicitur, quod citra ullam obligationem aut conventionem cujusque libero arbitrio jure omnium communi

muni permittitur, quale eſt facultas eundi per viam publicam: quæ facultas nec ſolo non uſu amittitur, nec prohibitione aliena. Poſſum quolibet cænaculo aut conclavi ædium mearum libere uti, nec ſi aliquo eorum longiſſimo tempore uſus non ſim, jure meo excludor: non tamen eo ſenſu, quo dixi, illud jus meum res meræ facultatis: nam ſi alter re mea uſus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet præſcriptio. Similiter jure libertatis licet cuique tam altè, quam velit, nullo ſtatuto intercedente, ædificare: & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non ideo tamen jus illud altius tollendi amittit. Eſtne ergo id jus meræ facultatis? Minime. Nam ſi te altius ædificantem prohibuero, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per ſpatium præſcriptioni ſtatutum, procedet contra te præſcriptio ſervitutis. In rebus autem, quæ proprie dicuntur eſſe meræ facultatis, prohibitio nihil efficit. *l. 2. ff. de via publ.* Malè igitur hæc omnia à pleriſque conjunguntur & tanquam paria habentur, quaſi idem omnium eſſet effectus. Enim vero jus agendi de facto, ut loquuntur, ſeu ipſum agendi & nudum intendendi factum meræ facultatis eſt, eique nunquam præſcribi poteſt: ſed jus agendi cum effectu, ut obtineam quod peto, meræ facultatis non eſt, & præſcriptione tolli poteſt, quale eſt jus luendi pignoris debitori ex contractu quæſitum. Sic ſi res aliqua venierit cum pacto de retrovendendo ſine ulla temporis determinatione, puta ut fas ſit venditori, quandocunque ſibi libuerit, redimere, non niſi intra triginta annos redimere poterit, quia actio perſonalis, quæ ex hac conventione naſcitur. *l. 2. C. de pact. int. empt.* tanto tempore tollitur. *l. 3. C. de præſc. 30. annor.* neque clauſulæ, *ſemper quandocunque* extendi debent ultra terminos jure publico præſcriptos actionum durationi. Nec verum eſt, quod actio, qua quis oblato pretio ex pacto retrovenditionis petere poteſt rem venditam ſibi reſtitui, ſit meræ facultatis: non enim in abſoluta facti poteſtate poſita eſt, ſed jure obligationis conſiſtit, eſtque jus ex contractu alteri ab altero debitum, ut rectè Bronchorſtius *cent. 27. aſſert. 61.* qui tamen non idem admittit in caſu, quem hic tractamus principaliter *cent. 4. aſſert. 4.* quod mirum eſt. Secunda contrariæ opinionis ratio eodem vitio, quo prima, laborat: quippe quæ & ipſa nititur falſa hypotheſi, nempe actionem pignoratitiam tum demum naſci, cum pecunia debita ſoluta aut oblata eſt: nam actio pignoratitia eandem cum jure luendi pignoris nativitatis horam habet, id eſt, ſtatim naſcitur atque re contracta eſt obligatio ſeu pignus creditori traditum. *l. 1. §. creditor. 6. de oblig. & act. §. ult. Inſtitut. quib. mod. re cont. oblig.* Nec obſtat quod dicitur in *l. 9. §. 3. ff. de pign. act.* pecuniam exſolutam eſſe debere, ut naſcatur pignoratitia actio: nam id accipiendum eſt de effectu & actu ſecundo, quia ſoluta demum pecunia efficaciter intentari poteſt. At reſpectu actus primi ſtatim, ut dixi, naſcitur, nec aliud eſt, quam jus luendi pignoris. Sic etſi obligatio & actio empti naſcitur quoad actum primum ſimul atque de pretio convenit. *Inſt. de empt. & vend. in pr. & §. 3.* niſi tamen emptor pretium offerat, cum effectu agere non poteſt *l. Julianus. 13. §. offerri. 8. ff. de action. empt.* An igitur non curret præſcriptio longiſſimi temporis adverſus actionem ex empto, niſi ex eo tempore, quo pretium oblatum eſt? Neminem adhuc legi, qui id dicat. Illud verum eſt, quod non valenti agere propter impedimentum juris non currat præſcriptio, veluti ſi obligatio diem habeat. *l. 7. §. 4. Cod. de præſc. 30. annor.* in ſpecie *l. 1. §. ult. C. de annal. except.* ubi agitur de filiofam. qui ideo durante patria poteſtate præſcriptio non currit, quia nec agere ea durante poteſt, quod eſt impedimentum juris. At debitori nullum obſtat impedimentum juris, quominus agat, ſed facti duntaxat, puta quod non habeat pecuniam. Denique nec tertia ratio, quæ Cujacii eſt, contrariam ſententiam multum juvat. Neque enim hoc dicimus; creditorem poſt triginta annos defendi jure aliquo acquiſitionis aut propter uſucapionem, ſed ſolo tempore ſeu communi exceptione temporis quo ex lege Theodoſii omnis actio finitur, atque ideo hic nec titulum nec bonam fidem requirimus? ſed ſicut in actionibus temporalibus anni vel biennii, veluti injuriarum & doli, fruſtra de bona fide quæritur, ita & in hoc caſu poſt triginta annos: alias nec actio commodati aut depoſiti tanto tempore finiretur. Itaque fruſtra eſt Bronchorſtius *cent 4. aſſert. 4.* dum objicit. *l. nullo. 24. Cod. de rei vend. l. un. C. de uſuc. transform. l. 1. C. comm. de uſuc. l. 1. C. comm. de uſuc.* quippe quibus locis agitur de uſucapione aut longi temporis præſcriptione, modis acquirendi dominii aut juris alicujus dominio proximi qui ſine juſto titulo & bona fide, veraque poſſeſſione non procedunt. At nos agimus de actionis perſonalis præſcriptione, quam ſola parit negligentia non petentis

petentis & lapſus temporis. Sic etſi precario poſſidenti nec longiſſimo tempore acquiritur proprietas. *l. 2. Cod. de pr. 30. annor.* interdictum tamen & actio perſonalis triginta aut quadraginta annis finitur. *l. 3. & l. 4. C. eod. tit.* Minus obſtant *l. 10. & l. ult. C. de pign. act.* imo magis obſtant contrariæ ſententiæ, quod etiam Cujacius fatetur: loquuntur enim Imperatores de actione pignoratitia jam nata & cum effectu competente, ſolutione ſcilicet jam facta, aut oblata conſignataque pecunia, eamque longo tempore tolli negant, cum tamen nemo ſit qui neget eam tolli tempore longiſſimo.

CAP. VII.

An ἀντίχρησις ſit ſpecies pignoris, & an aliqua ſit antichreſis tacita?

QUæſtio hæc non eſt vulgaris, & digna quæ diligentiſſime excutiatur, propterea quod Interpretes noſtri non intellexerunt, quid ſit ἀντίχρησις, & falſo ſibi perſuaſerunt eſſe aliquam ἀντίχρησιν tacitam: quod primus obſervavit Claudius Salmaſius ὁ πάνυ *lib. de mod. uſur. cap. 14.* Ut autem res tota penitus intelligatur, primum referam, quæ ab Interpretibus, circa hanc rem tradita ſunt; deinde quatenus à vero aberraverint, oſtendam. Interpretibus omnibus antichreſis eſt ſpecies pignoris, cum res ea conditione pignori datur, ut creditor percipiat rei fructus in vicem uſurarum, donec debitor pecuniam ſolvat: *arg. l. 11. §. 1. ff. de pign. l. ſi pecuniam. 33. ff. de pign. act.* Alias ſi tale pactum non intercesſerit, conſtat non licere creditori pignore uti. *§. 6. Inſtit. de oblig quæ ex del. naſc.* nec fructus eum lucrati, ſed in ſortem eos imputare debere, ita ut ſortis obligatio minuatur, & quantum ex re pignorata fructuum percipit, tantum ei in ſolutione ſortis decedat, atque detrahatur. *l. 3. l. 12. C. de pign act. l. 1 C. de diſtract. pign.* Atque hæc iis eſt antichreſis expreſſa, quæ valeat, etſi perceptio fructuum legitimum uſurarum modum excedat, propter incertum fructuum eventum *l. ſi ea lege. 17. C. de uſur.* quanquam domum hoc caſu creditor ipſe inhabitare, non aliis locare debeat, aut alias quod ultra modum uſuræ mercedis nomine accepit, in ſortem imputare. *l ſi ea. 14. C. eod. tit.* Eſt & Interpretibus noſtris tacita quædam antichreſis, quando ſcilicet nihil de uſuris, nihil etiam de fructibus uſurarum vice percipiendis dictum eſt; ſed pecunia gratuita, id eſt, ſine ulla uſurarum expreſſa mentione credita eſt, & res talis pignori data, quæ fructus ferat, quaſi ipſa datione, cum res pignori datur, quæ fructus profert, illud convenisſe tacite intelligatur, ut fructus loco uſurarum & compenſationis cujusdam vice, retinere creditori liceat: ſi enim debitor eo animo noluiſſet tradere pignus fructuum ferax, proteſtari eum debuiſſe ajunt, nolle ſe ex pignoris ſui fructibus quicquam ſibi decedere. Sed hanc tacitam conventionem ἀντιχρήσεως non efficere, ut legitimus uſurarum modus excedatur. Rationem hanc eſſe, quia cum creditor uſuras ſtipulatus non ſit, ſed gratuitam pecuniam mutuo dederit, humanitate debitoris, qui fructus ei ex re pignerata beneficii loco percipere conceſſit, contentus eſſe debet, cum ſibi nulla conventione proſpexerit & totum hoc, quantumcunque percipit, ex debitoris humanitate percipiat. *l. cum debitor. 8. ff. in quib cauſ. pign. tac.*

Sed non unus Interpretum hic error eſt. 1. quod crediderunt ἀντίχρησιν nihil aliud eſſe, quam contrarium uſum, cum ea voce ſignificetur contrarium mutuum: quippe χρῆσις Græcis non ſolum eſt uſus, ἀπὸ τοῦ χρῆσθαι ſed etiam mutuum, ἀπὸ τοῦ χρῆσαι quod eſt à χράω ſeu κίχρημι, commodo, do mutuo, utendum do, δανείζω, unde χρήστης creditor. Hinc ergo & ἀντίχρησις contrarium mutuum. Marcianus in *l. ſi pecuniam. 33. ff. de pign. act.* tropica locutione pro fundo ἀντιχρησθέντι accepit, uti & χρῆσις ipſum mutuum eſt, & res quæ mutuo datur. Idem Marcianus in *l. 11. §. 1. ff. de pign.* ita ſcribit, *Si ἀντίχρησις facta ſit*, &c. Hic ſane antichreſis non poteſt accipi pro mutuo uſu. Quid enim eſſet mutuum uſum facere? at mutuum facit, qui mutuum dat: ergo antichreſin facit, qui dat è contrario mutuum debitor tradendo fundum aut ædes, ut ex fructibus aut penſionibus creditor compenſationem uſurarum percipiat. Cæterum improprie ἀντίχρησις dicitur contrarium mutuum, quia mutuum tantum in rebus, quarum uſus in abuſu conſiſtit, locum habet, quanquam Latini etiam verbo mutuari utuntur in aliis rebus atque etiam

in

in his, quæ ſolo continentur, cum ad uſum commodantur. Auctor Dialogi de Oratore; *Domum mutuatur & auditorium extruit, & ſubſellia conducit*: ut & commodare pro mutuo dare. Cicero *Verrin.* 5. *Commodaſti tritici modios ſexaginta.* Caper vetuſtiſſimus Grammaticus *Commoda* χρῆσον.

2. Quod crediderunt in pura antichreſi creditorem habere jus pignoris. Nam ſi jus pignoris creditor in antichreſi ſive contrario mutuo haberet, utique poſſeſſione ἀντιχρήσεως amiſſa, eam repetere poſſet actione hypothecaria. At in *l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* non hypothecaria, ſed in factum actione iſto caſu agi ſolere ſcribit Juriſconſultus. Et hoc tantum ait, creditorem pignoris loco retinere poſſeſſionem, donec ei pecunia ſolvatur: quod & Cujacio ſuboluit. *lib.* 3. *obſ. cap.* 35. *in fin.* quanquam putat tentari poſſe hypothecariam quoque creditori competere, nulla tamen nixus auctoritate, niſi Marciani in *l. ſi pecuniam.* 33. *ff. de pign. act.* ubi πρωτικῶς Juriſconſultus ἀντίχρησιν appellat pignus ἀντιχρηθικὸν, ſive fundum cum pacto ἀντιχρήσεως oppigneratum. Non obſtat *l. Cajus Sejus.* 39. *ff. de pign. act.* nam in ſpecie, quæ illic proponitur, pignus revera non intervenit, nec ab initio vera antichreſis fuit, ſed poſtea pactum interceſſit, ut creditor pignus ſuum; hoc eſt, fundum debitoris, in compenſationem pecuniæ ad certum tempus poſſideret vice ἀντιχρήσεως. Pura vero antichreſis non eſt pactum in pignore, cum nec ipſa pignus ſit, ſed contrarium mutuum. V. C. das mihi pecuniam mutuam ſub conditione, ut accipias fundum in antichreſin, cujus fructus percipias pro præſtatione uſurarum, quas à me legitimas ſtipulati potes. In hac χρῆσις & ἀντίχρησις nulla pignoris mentio, nec ullum pignus. Speciem veræ puræque ἀντιχρήσεως nobis exhibet *l. ſi ea pactione* 14. *Cod. de uſur. & d. l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* At in *l. ſi ea lege.* 17. *Cod. de uſur.* ut verba ipſa oſtendunt, non agitur de pura ἀντιχρήσει ſed de pignore ἀντιχρηθικῷ, ſive cum pacto ἀντιχρήσεως.

3. Errant, quod putant eſſe aliquam tacitam antichreſin. Nam nulla poteſt eſſe tacita antichreſis, quæ quidem vera ſit. Quemadmodum enim nulla χρῆσις eſt tacita, ita nec ulla vera ἀντίχρησις, ſed oportet conventione id actum eſſe. Si aliqua tacita eſt antichreſis ſecundum Doctores, ut creditor fructus ex re pignerata ſine conventione expreſſa percipere & in uſuras imputare queat, quonam caſu procedet illud, quod tot locis ſimpliciter traditum eſt, creditorem fructus ex re ſibi pignerata perceptos in ſortem imputare debere; *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *l. ult. C. de pign. act. l.* 1. *C. de diſtr. pign.* an eo ſolo, quo proteſtatus eſt debitor ſe nolle pignoris ſui fructus lucro cedere creditoris? Hoc autem dicere valde abſurdum, ne dicam ineptum eſt. Neque enim ex pignoris conventione conventio tacita ſuper uſuris facta intelligi poteſt; quoniam pignoris finis eſt, ut creditori cautum ſit de ſorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi convenit, ut ad alium finem dationem pignoris torqueamus, ut creditor lucretur fructus pro uſuris, & ita circumveniatur miſer debitor, & dum ſe gratuitam pecuniam putat accepiſſe, graviſſimis uſuris ſubjiciatur, id eſt, centeſimis. Non adverſatur *l.* 11. *Cod de uſur.* nam locus iſte intelligendus eſt de prædiis obligatis cum pacto ἀντιχρήσεως, cum ſc. convenit, ut in vicem uſurarum creditor fructus perciperet; & hoc tantum dicitur oblatione pecuniæ antichreſin diſſolvi, & pignus ἀντιχρηθικὸν mutari in ſimplex. Fruſtra autem putant Doctores noſtri ſententiam ſuam de tacita antichreſi confirmari *l.* 8. *ff. in quib. cauſ. pign. tac.* Thema hujus legis eſt; Titius gratuitam pecuniam credidit Sejo, & ab eo accepit pignori fundum. Etſi de uſuris nihil convenit, poteſt tamen Titius, ſi nolit amplius gratuitam eſſe pecuniam, & Sejus debitor interpellatus moram ſolutioni faciat, de fructibus rei pigneratæ uſuras ex eo tempore retinere, dum ad legitimum modum id faciat. Ampliores autem, quam ſunt legitimæ uſuræ, fructus percipere non [illegible] ut in vera antichreſi, quia tale nihil convenit. Tantum id ſervare poteſt, quod ipſius in[illegible]cunia ſua alium ſe invito non uti. In antichreſi non poteſt mutuum repetere creditor, [illegible] ſſionem ἀντιχρήσεως retinet. Aliud vero eſt in gratuita pecunia, quæ ut plurimum [illegible]atur [illegible]ris reperi ſolet. Sed nec tacitum pignus aut tacita hypotheca hæc, de qua agitur,

dici poteſt. Nam de eo conventio expreſſe facta videtur, ut pignus illud traderetur creditori pro pecunia credita. Quippe niſi ex pignore tradito non potuiſſet creditor retinere fructus nomine uſurarum: Cæterum cum fructus prædiorum oppigneratorum nominatim pignori dari poſſint. *l. 1. §. 2. ff. de pign.* & cum pro uſuris pignora quoque accipi jus ſit. *l. grege. 13. §. ult. ff. eod.* tacito velut pignore fructus rei pignoratæ poteſt creditor in compenſationem uſurarum retinere, etiamſi ex pacto non debeantur. Nec tamen poteſt ultra legitimas, quia vel hoc ipſum, *uſq. ad legitimas*, in uſuris quæ pactæ non ſunt, ſi æquum viſum eſt, ulterius iniquum foret. Atque ut in bonæ fidei judiciis ex mora uſuræ debentur & peti poſſunt, ita in gratuitæ pecuniæ mutuo, ſi moram fecerit debitor, uſuras de quibus non convenit, creditor per retentionem ſervare poteſt ex fructibus rei oppigneratæ. Sic cum uſuræ exigi non poſſint in ſtrictis judiciis, niſi in ſtipulationem deductæ, poſſunt tamen per retentionem pignoris ſervari. *l. 3. l. 4. C. de uſur.* non diſſimili ratione per retentionem fructuum rei pignori datæ poſſe uſuras, de quibus præſtandis nihil convenit, ſervari atque ad modum legitimum compenſari, licet exigi non poſſint, velle videtur Paulus in *d. l. 8. ff. in quibus cauſ. pign. tac.* Illud diſſimile eſt, quod in *d. l. 4. C. de uſur.* ſaltem pacto de uſuris convenerat: ſed tunc uſuræ per retentionem pignoris ſervari poſſunt etiam ubi mora non intervenit. Hotomannus *lib. 4. obſ. c. 4.* contendit apud Paulum in *d. l. 8. ff. quibus in cauſ. pign. tac.* deeſſe negationem, & JCtum ita ſcripſiſſe, *Cum debitor non gratuita pecunia utatur.* Quod & Salmaſius magis probat, quaſi Paulus, cum ſic loquitur, rationem afferat, cur de fructibus rei pigneratæ uſuras retinere creditor poſſit, quia ſcilicet non utebatur debitor pecunia gratuita, & uſuras pactas non ſolvebat. Quod ſi ponamus uſuras non eſſe pactas, aut pactas à debitore ſolvi, procedere debere diſpoſitionem. *l. 1. l. 2. l. 3. C. de pign. act. l. 1. C. de diſtract. pign.* nec obſtare, quod ſupra aliquoties dictum eſt, antichreſin liberam eſſe legibus, quæ certum modum uſuris poſuerunt. *l. 14. l. ſi ea lege. 17. de uſur.* Illud enim verum quidem eſſe in pura putaque antichreſi, aut etiam in pignore ἀντιχρητικῷ, actum fuit, ut pro uſuris pecuniæ creditæ fructus fundi in antichreſin traditi cederent lucro creditoris, ut in *d. l. 14. & l. 17.* At hic quæſtionem eſſe de uſuris, quibus ſolvendis debitor moram facit, cum de fructibus in compenſationem uſurar. percipiendis nihil dictum eſt. Cum igitur de fructibus fundi oppignerati circa pactum ἀντιχρήσεως, debitore non ſolvente, uſuras retinere poſſe dicatur creditor, non poſſe eum excedere legitimas uſuras, quæ ſola ipſi debentur. Quod ſi ſuper fuerit ex fructibus ſorti imputandum eſſe. Ita Salmaſius *l. de mod. uſurar. c. 14.* cui prope eſt ut aſſentiar.

CAP. VIII.

An & quando evictioni ſit locus in hæreditate vel actione vendita, & donatione vel legato?

EVincere eſt rem jure judicioque auferre. Locum autem præcipue habet evictio in emptione. Nam cum emptor non ſolum rem emptori tradere teneatur, ſed etiam emptori præſtare, rem habere, tenere & uſucapere licere *l. 11. §. 2. l. ſervus. 30. § ult. ff. de act. empt.* ideo ſi res evincatur, merito emptori evicti nomen præſtat: quæ præſtatio pars eſt obligationis empti & venditi. *l. in vend. 66. ff. de contr. empt. l. … C. de evict.* Cæterum in aliis quoque contractibus evictio præſtatur, ut in permutatione & in ſolutum datione. De permutatione eſt textus in *l. ſi permut. 29. C. de evict.* Ratio eſt, quia permutatio emptioni fere eſt ſimilis. *l. 1. ff. de rer. permut.* Illa tamen differentia eſt, quod de re empta evicta datur actio ex empto. *d. l. 6. C. de evict.* at de re permutata evicta datur actio præſcriptis verbis *l. 5. §. 1. ff. de præſcr. verb.* Datio quoque in ſolutum venditioni comparatur *l. 4. C. de evict. l. eleganter. 24 pr. ff. de pign act. l. 4. §. auct. 31. ff. de dol. mal. exc.* & ideo placuit etiam in datione in ſolutum evictionem præſtari. *d. l. 4. C. de evict.* atque ei, cui res in ſolutum data evincitur, utilem ex empto actionem de evictione dari. *d. l. 24. pr. de pign act. d. l. 4. C. de evict.* de quo tamen vide Cujacium. *lib. 19. obſ. 38.* Sed & in judicio familiæ erciſcundæ, quoniam rerum hæreditariarum inter cohæredes diviſio quaſi quædam venditio eſt *l. 1. C. comm. utr. judic.* æquum viſum eſt eos inter ſe evictionis periculum præſtare: *l. hæredes. 25. §. idem curare. 21. ff. fam. erciſc. l. ſi familia. 14. C. eod.* Et idem quoque obtinet in judicio communi dividundo. *d. l. 1. C. comm. utriusque judic.* Excipiuntur tamen nonnulli caſus, quos hic recenſere præter inſtitutum eſſet. *vid. l. cum pater. 77. §. evictis. 8. ff. de legat. 2. l. 7. & ibi Bart. & DD. C. comm. utriuſ. jud. d. l. 14. C. famil. erciſc. l. ſi fundum 27. C. de evict.*

Sed quid in hæreditate vendita? Multum intereſt, utrum certæ quædam res hæreditariæ veneant, an ipſa hæreditas. Priore caſu venditor tenetur ex empto, ut eas res ſuo ſumptu & periculo perſequatur, & vacuam earum poſſeſſionem emptori tradat *arg. l. 2. §. 1. l. 3. pr. ff. de act. empt. arg. l. 3. junct. auth. nunc ſi C. de …* Item tenetur venditor, ut in ſingulis rebus hæreditariis venditis præſtet evictionem; quia quot … conſiſtunt evictiones aut evictionum cauſæ *l. 1. C. de evict.* Poſteriore autem caſu, ſi hæreditas venea[t], … atque etiam venditor ullam rem hæreditariam emptori tradere, niſi quam habet in ſua poteſtate. Et rurſu[s] in

ſingulis rebus hæreditariis præſtare auctoritatem ſeu evictionem. Ratio differentiæ eſt, quia hæreditas nomen juris eſt, & qui hæreditatem vendit, non vendit res corporales, quæ in hæreditate continentur, ſed jus ſucceſſionis, quod eſt incorporale, atque hoc jus eſſe, id eſt, eſſe hæreditatem, & ſe hæredem eſſe, dolumque malum præſtare tenetur, non etiam tradere corpora hæreditaria, niſi ea, quæ ad ipſum pervenerunt, vel quæ dolo fecit, ne ad ſe pervenirent, ita cape textum in *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de hær. vel act. vend.* Cæteras autem res hæreditarias, quæ ad hæredem non pervenerunt, nec dolo fecit quominus pervenirent, non tenetur emptori hæreditatis tradere, ſed liberatur præſtando & cedendo emptori earum rerum perſecutiones. *l.* 2. §. 3. *ff. eod. tit.* Emptor autem eas ſuo ſumptu & periculo perſequitur. *l.* 1. *C. de evict.* Et rurſus ſi evincantur emptori, quæ traditæ illi ſunt, venditor eo nomine de evictione non tenetur, neque ab initio de evictione cavere ſive repromittere cogitur. *d. l.* 1. *C. de evict.* ubi excipitur, niſi nominatim convenerit, ut evictio rerum ſingularum præſtetur. Donellus poſt alios in *d. l.* 1. Ratio eſt, quia ſi res, quæ evicta eſt, non fuerit hæreditaria nec venit; non enim plus aut minus juris habet emptor, quam venditor. *l.* 2. *pr. ff. de hæred. vel act. vend.* Si autem fuit hæreditaria, & per injuriam judicis evicta eſt, non tenetur venditor, quia injuria, quæ condemnato facta eſt, potius apud illum manere, quam ad alium transferri debet. *l. ſi per imprudentiam.* 51. *pr. ff. de evict.* *l.* 15. *C. eod. l. exceptione* 67. *ff. de fidejuſſ.*

Quod de hæreditate vendita dictum eſt, id etiam obtinet, ſi quodlibet aliud jus veneat, non corpus; veluti ſi veneat peculium ſervi, quod eſt nomen juris, non corporis; item ſi veniat nomen debitoris, quod etiam juris eſt, ut ſyngrapha ſeu cautio. Etenim venditor duntaxat præſtare debet, ut ſit peculium, vel ut ſit nomen; item dolum malum, non etiam ut obtineatur aliquid, vel feratur ex peculio aut nomine ſeu actione vendita. *l.* 5. *ff. de evict. l.* 4. *ff. de hæred. vend.* Et eſt textus optimus in *l. ſi plus.* 74. §. *ult. de evict.* Unde nec beneficium *l.* 2. *C. de reſc. vend.* locum habere in hæreditate vel actione vendita recte ſtatuunt juris interpretes. Una hic exceptio eſt, niſi nominatim convenerit, quid quantumve in hæreditate vel actione vendita contineatur, atque ut id ſe præſtiturum, ut obtineri poſſit, emptori venditor promiſerit. *l.* 1. *C. de evict. l. niſi.* 15. *ff. de hæred. vend. l.* 5. *l. ſi plus.* 74. *pr. ff. de evict.* Quod ſi hæreditatem vel actionem ſibi non competentem vendidit, nullum dubium eſt, quin hoc caſu evictionem præſtare debeat, per jura allegata.

Quid vero in donatione? Donatio emptioni plane diſſimilis eſt, cum ſit ex cauſa lucrativa. Itaque ſi quis rem alienam donavit, eaque donatario evicta eſt, non tenetur donator de evictione, etiamſi id pacto comprehenſum ſit, ſed opus eſt ſtipulatione. *l.* 2. *C. de evict.* quoniam odioſum eſt, donatorem ex ſua liberalitate hanc moleſtiam pati, quanquam diſcrimen illud ſtipulationis & pacti moribus ſublatum eſt. Etſi autem donator de evictione citra ſtipulationem non tenetur, tamen ſi ſciens rem alienam donavit neſcienti, tenetur actione de dolo ad id, quod intereſt, ſi donatarius ſumptus fecerit in rem donatam. *l. Ariſto.* 18. §. *ult. ff. de donat. l. ad res.* 62. *ff. de ædil. edict.* bene Donellus ad *l.* 2. *C. de evict.*

Eadem ratione, quia legatum ſpecies quædam donationis eſt, hæres rei certæ legatæ, puta Stichi, evictionem non præſtat *l. cum pater* 77. §. *evictis* 8. *ff. de leg.* 2. *l. ſi à ſubſtituto.* 45. §. 1 *&* 2 *ff. de leg.* 3. niſi teſtator ſciens rem alienam eſſe, eam legaverit ab hærede quia ex conjectura voluntatis præſumitur teſtator hæredem onerare voluiſſe periculo evictionis, per *l. Sticho.* 36 *in fin. ff. de uſufr. leg.* Quod ſi generaliter res legata ſit, puta ſervus, hic placet etiam hæredem evictionem præſtare *l. hæres* 58. *de evict. l. ſi domus* 71 §. 1. *ff. de legat.* 1. Quod autem ſupra dixi, donatorem non præſtare evictionem, quoties ſtipulatio de evictione non interceſſit, id ſimpliciter procedit & verum eſt, ſive à traditione, ſive à promiſſione donatio inceperit. Nam ſi donator vero ſine pacto rem donans & tradens, ea evicta non tenetur; Ergo nec nunc tenebitur, cum ex pacto tradidit. Dedit quidem Juſtinianus ex hoc pacto actionem, ut res traderetur, non autem ut ea evicta præſtaretur evictio. *l.* 35. *C. de donat. Donell. ad l.* 2. *C. de evict.* diſſ. *Caballin. de evict.* §. 3. *n.* 3.

CAP. IX.

An & quomodo fœnus, differat ab uſura?

Veteres uſuram pro uſu dixiſſe certum eſt, qua in ſignificatione paſſim ea voce utitur Cicero, ne quis putet nimis Calcam *l.* 1. *Tuſc. Natura*, inquit, *dedit uſuram vitæ, tanquam pecuniæ nulla præſtituta die* Idem *pro Rab. & Verrin.* 7. *uſ. lucis l.* 3. *ep.* ad Appium Pulchr. *uſuram temporis* dixit, pro uſu. Plauto uxor uſum, pro corporis uſuram, id eſt, uſum corporis ad tempus aliquis ep t Idem in *Trinummo*: *Nec adeo haſce emi mihi, ... diu porra mea*, id eſt, ad uſum meum. Et hac ſignificatione creditor ipſe uſuram dat, nulloque mutuum ... creditoura, id eſt, ſine uſu. Uſura vero, quam debitor pro uſu pecuniæ ſolvit, longe aliam notionem habet.

... atur merces, quæ pro vectione datur, ναῦλον latura, quod pro onere ferendo accipiebat bajulus, φόρετρον,

φόριτρον. Mercatura lucrum de merce, ut notat Nonius. Similiter & uſura eſt merces, quæ pro uſu pecuniæ datur. Et obſervare licet veteres auctores, uſuram de uſu in numero ſingulari poſitam uſurpaſſe; uſuras vero dicere maluiſſe numero plurativo, quæ ob uſum fœnebris pecuniæ debentur, qui τόκοι Græcis. Cicero *Verrin.* 4. *Quis enim hoc fecit unquam, ut cum Senatus publicanos uſura ſæpe juviſſet, magiſtratus à publicanis pecuniam pro uſuris audeat auferre?* Qui pecuniæ uſura aliquem juvat, is eſt, qui pecuniam illi dat utendam. Uſuras pro pecunia aufert, qui exigit mercedem pro uſu pecuniæ. Uſura igitur proprie loquentibus eſt χρῆσις, uſuræ τόκοι. Hinc uſuræ trientes, quincunces, ſemiſſes, &c. Centeſimas ſingulas dixit Cicero in epiſtolis ad Atticum, & binas centeſimas 5. Verrin. Ita bene & erudite D. Salmaſius *lib. de uſur. c.* 4. Cæterum uſuræ aut uſurarum appellatione non tantum ſignificatur ea quantitas, quæ pro uſu fœnebris pecuniæ ſolvitur, verum etiam ea, quæ ex alia cauſa, quam mutui, ex conventione aut mora debetur. Itaque ſic rectè definietur uſura, pecunia, quæ pro uſu ſortis, aut alias ultra ſortem præſtanda eſt. Sors hic ſignificat quantitatem principaliter debitam, uſuræ ſunt acceſſio ſortis, & ideo ſublata obligatione ſortis & ipſæ deberi deſinunt. *l. tutor.* 41. §. 1. *ff. de uſur. l. acceptam.* 19. *C. eod. l.* 4. *C. de Compenſ.*

Fœnus à fœtu dictum putant Varro, Gellius, Nonius, quaſi fœtura quædam pecuniæ, ut Græci τόκον ἀπὸ τῦ τίκειν dicunt. Doctiſſimus Salmaſius loco ſupra citato dictum putat à Græco ποῖνος, quod idem valet, quod ποινὴ, quod probabilius eſt. Nam ποινὴ non tantum pœnam ſed etiam mercedem, pretium ſignificat, ſicut τιμὴ & pretium pro pœna ponitur. Terentius in Andria, *Ego pretium ob ſtultitiam fero*, id eſt, pænam. Perfidiæ pretium, id eſt, ultio, apud Ovidium. Nec verum eſt, quod fœnus ſit fœtus pecuniæ, aut idem quod Græcis τόκος, ut mox clarè demonſtrabitur. Crediderunt interpretes, atque inter eos etiam oculatiſſimi quique, uſuram eſſe nomen generis fœnus ſpeciei, & omne quidem fœnus eſſe uſuram: at non contra omnem uſuram eſſe fœnus. Fœnus ajunt ſignificare eam uſuram, quæ accipitur pro mutuo: unde paſſim fœneratores appellentur, qui pecuniam dant mutuam ſub uſuris. Quamvis enim in ſpecie fœnus hoc appelletur, tamen uſuram quoque appellari, quaſi hic fœnoris & uſuræ appellatio confuſa datur. *arg. l. 6. pr. & l. 7. ff. de naut. fœn.* ubi Paulus uſuras maritimas appellat fœnus nauticum, arg. rubricæ, quæ eſt de fœnore nautico. Eas autem uſuras, quæ ex mora aut re ipſa debentur, nunquam appellari fœnus, nec qui eas accipiunt aut petunt, fœneratores dici. Sed inſignis hic interpretum error eſt, quem detexit Salmaſius *d. loc.* Etenim fœnus non ſimpliciter ſignificat uſuram pecuniæ creditæ, ſed pecuniam creditam ſub uſuris, æs alienum ſub uſura contractum δάνειον ἔντοκον. Uſura eſt merces fœnoris. Tacitus *de morib. German. Fœnus agitare & in uſuras extendere ignotum, ideoque magis averſantur, quam ſi vetitum eſſet.* Idem *lib 6. Annal ut debitores duas partes fœnoris ſolverent dixit*, pro quo Suetonius in eadem re narranda, *æris alieni duas partes.* Titulus ff. qui tractat de trajectitia pecunia, inſcriptus eſt *de nautico fœnore*, non *de nautica uſura*, & apud Græcos περὶ ναυτικῦ δάνειυ, non περὶ ναυτικῶ τόκυ. Quare? Quia in communi mutuo uſuræ ſucceſſive currunt, & pro rata temporis ſolvuntur ſeorſim ab ipſa ſorte, cum in trajectitia pecunia de ſorte ſimul ſolvenda cum uſuris in exitu navigationis fiat conventio. Nimirum totum fœnus ſimul ſolvebatur & ſemel, hoc eſt, ſors ipſa cum uſuris. Utique in *l.* 3. *C. de naut. fœnor.* nauticum fœnus, quod datum dicitur, non poteſt accipi pro uſura nautica. Id enim dedit creditor, qui uſuram dediſſe dici non poteſt; & quod initio appellatur fœnus nauticum, poſtea dicitur pœcunia fœneratis. Igitur nauticum fœnus eſt fœnerata ſub uſuris nauticis. Frivola autem illa collectio eſt, ſub titulo de fœnore nautico fit mentio uſurarum maritimarum, ergo uſuræ maritimæ ſunt idem, quod fœnus nauticum. Quare enim ſub eo titulo non poſſit fieri mentio earum uſurarum, quas fœnus nauticum parit? Res eſt clara, ſi fœnerari eſt δανείζειν, fœnus eſt τὸ δάνειον, & quidem ἔντοκον, nam gratuitum eſt ἄτοκον. Unde apparet verum eſſe quod modo dicebamus, fœnus non eſſe fœturam pecuniæ, ſed uſuras eſſe fœtus & partus fœnoris, τὺς τόκος δανείυ. Ac neque in hiſce locutionibus, *fœnore dare, fœnore pecuniam occupare,*

cupae, fœnus pro uſura accipitur; ſed pro mutuo fœnebri. Neque dicunt Latini pecuniam uſuræ dare, aut uſuris eam occupare: non enim eſt occupata uſuris, ſed credito, ut uſuras paria: recte autem dicimus, credere pecuniam ſub uſuris, δανείζειν ἐπὶ τόκῳ. Sic ſumere pecuniam fœnore dicimus δανείζεσθαι παρά τινος, non ſumere uſura. Sic locare pecuniam fœnore dicitur, qui credendo locat, ut mercedem, id eſt, uſuram recipiat. Uſura locare pecuniam nemo dixerit. In fœnore pecuniam habet, aut nummos in fœnore poſitos, qui eos habet in rebus crediris: neque enim in uſuris tantum habere pecuniam exiſtimandus eſt, ſed etiam in ſorte ipſa, Valerius Maximus *lib. memorab.* 8. de Conſidio quodam: *Cum centies atque quinquagies ſeſtertii ſummam in fœnore haberet, neque de ſorte quenquam debitorum ſuorum, neque de uſura a ſuis appellari paſſus eſt.* Ergo fœnus & ſortem & uſuras comprehendit. Veteres dicunt, uſuræ trientes, fœnus trientarium. Uſuræ trientes ſunt, quæ trientem centeſimarum dant: fœnus trientarium, quod uſuras trientes reddit. Sic fœnus unciarum, quod uſuras uncias exigit. Tacitus *lib.* 5. *annal. Duodecim tabulis ſanctum, ne quis unciario fœnore amplius exerceret.* Denique fœnus exercere, dicimus; uſuras exercere dicere non licet. Exercemus terram, quæ colitur, ut fructum reddat: non exercemus fructus. Plura ſi quis deſideret, adeat Salmaſium *lib. de uſur. cap.* 2. plane non negamus interdum fœnus pro uſura poni; ſed cum id fit, tropica eſt locutio; quia nunquam fœnus eſt ſine uſura.

CAP. X.

An & quatenus mora debitoris noceat fidejuſſori?

OMnes debitores, qui certam rem debent, liberari ejus rei interitu ſine culpa eorum & ante moram ab iis commiſſam contingente ſæpe reſponſum eſt. *l.* 5. *ff. de reb. cred. l. ſi ex legati.* 23. *ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de ſolut.* Ex contrario veterum regula eſt, moram perpetuare obligationem, licet caſu fortuito res extincta ſit: quod hanc habet ſententiam, ſi res debita poſtea perierit, quam per debitorem ſteriſſet, quominus eam daret, ipſius id detrimentum eſſe, perindeque eum perpetuo teneri, ac ſi res adhuc extaret. *d. l. nemo* 23. *l.* 82. §. 1. *l. ſi ſervum.* 91. §. 3. *& ſeqq. ff. de verb. obl.* ubi circa finem quatuor effectus hujus perpetuationis recenſentur. 1. quod adhuc res ipſa peti poſſit. 2. quod accepta ferri. 3. quod adhuc fidejuſſor ejus obligationis poſſit accipi. 4. quod poſſit novari, id eſt, in aliam obligationem transferri. Fidejuſſoribus quoque perpetuari obligationem in *d. l.* 91. §. 4. *in fin.* reſponſum eſt, & alibi ab eodem Jureconſulro, cum reus moram facit, & fidejuſſorem teneri. *l. ſi quis ſolutioni* 24. §. 1. *ff. de uſur.* Sed quid verbis illis intelligit Juriſconſultus? an quemadmodum ex mora ipſius rei obligatio ſic augetur, ut uſuras quoque in bonæ fidei judiciis ex eo tempore debere incipiat, ita quoque augeatur obligatio fidejuſſoris propter moram rei, ut & ille quoque ad uſuras jam teneatur? Nequaquam: ſed hæc Juriſconſulti ſententia eſt, ſicut mora principalis debitoris efficit, ut licet res debita caſu perierit, dummodo poſt moram obligatio in perſona debitoris perpetuetur, ut nihilominus rei debitæ & peremptæ æſtimationem debeat, ita cum eodem effectu obligationem perpetuari & durare in perſona fidejuſſoris. *l. ſi à colono* 58. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* & hactenus quoque moram rei nocere fidejuſſori. *l. mora rei.* 88. *ff. de verb. obl.* quod & in cæteris acceſſionibus obtinet, veluti in mandatore, & patre, qui de peculio obligatus eſt ex contractu filii. *l. cum filiusf.* 49. *pr. d. l. ſi ſervum.* 91. §. 4. *&* 5. *ff. de verb. obl.* Quod ſi quis hujus juris rationem quærat, cur ſcilicet poſt moram debitoris re perempta obligario perpetuetur etiam in perſona fidejuſſoris, inveniet illam apud Paulum in *d. l.* 91. §. 4. hanc nempe, quia in totam cauſam ſpopondit, id eſt, in ea omnia, quæ principaliter in obligationem deducta ſunt. Atque hoc quidem, quod diximus, reo moram faciente obligationem perpetuari etiam fidejuſſoribus, omni dubio caret. De eo autem inter omnes non convenit; an ſicut reus principalis ob

moram in bonæ fidei judiciis uſurarum quoque nomine tenetur, *l. mora* 32. §. 2. *ff. de uſur.* ita & de his ob moram debitoris teneatur fidejuſſor? Sed hoc omnino negandum eſt, propter rationes ſubjectas 1. Quia ob moram aut culpam rei non oportet augeri obligationem fidejuſſoris, ut diſerte reſponſum eſt in *l. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod cert. loc. l. ult. ff. de fidejuſſ.* Atqui ſi fidejuſſor ex mora rei uſuras præſtare teneretur, augeretur utique fidejuſſoris obligatio propter moram rei contra d. textum. Si mora rei obligaret fidejuſſorem ad uſuras, teneretur fidejuſſor etiam ad uſuras præſtandas, quamvis ad eas ſe non obligaviſſet. Atqui non tenetur fidejuſſor ad uſuras, niſi ad eas quoque ſe obligaverit. *l. ſi mandator.* 8. *C. quod cum eo qui in al. poteſt.* ibi, *Si te his omnibus obligaſti* igitur ex contrario, ſi te his omnibus non obligaſti, non teneris. 3. arg. *l. fidejuſſores.* 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* ubi negat Juriſconſultus, fidejuſſores qui in ſortem ſe obligaverant, in uſuras teneri. 4. Ut alieno nomine conveniri non poteſt, qui omnino pro alio ſe non obligavit. *l. nec intentio* 23. *C. de tranſact. l. pen. C. ne ux. pro mar. l.* 1. *C. ne fil. pro patre.* ita nec is qui pro alio ſe obligavit, ultra quam ſe obligavit, conveniri poteſt: quia hactenus verum eſt, eum obligatum non eſſe: ſiquidem partis eadem ratio eſt, quæ totius. *l. quæ tota.* 76. *ff. de rei vind.* Ex his efficitur, fidejuſſorem in uſuras non teneri ex mora rei, niſi in eas quoque ſe obligaverit. Hinc quæritur, quando fidejuſſor cenſeatur etiam ad uſuras ſe obligaſſe? Et quidem ſi ad certam ſummam duntaxat ſe obligavit, in uſuras ſe obligaſſe non videtur. *l. fidejuſſores.* 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* Quid igitur? Tunc in uſuras quoque tenetur fidejuſſor, cum vel expreſſe in has quoque ſe obligavit, vel ſe obligavit in omnem cauſam, *l. quæro.* 54. *pr. ff. locati. l.* 5. *C. de pact. int. empt & vend. l.* 2. §. *pen. ff de adm. rer. ad civ. pert.* In omnem autem cauſam ſe obligaſſe intelligitur, qui hoc modo fidejuſſit, *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua eſſe jubes?* vel ita, *indemnem me præſtabis? d. l. quæro.* Quanquam non ſemper ad hoc, ut fidejuſſor in totam cauſam obligatus intelligatur, neceſſe eſt, ut hujuſcemodi verba diſerte exprimantur, de quo plura paulo poſt. Quod ſi ſtipuletur creditor, quicquid debitorem dare facere oportet, non in omnem cauſam, ſed in præſentem duntaxat obligationem ſpopondiſſe fidejuſſor intelligitur. At ſi addat creditor, *oportebitve*, in omnem cauſam fidejuſſio facta cenſetur. *l. ſi ſtipulatus.* 76. §. 1. *l. ſi à colono.* 89. *ff de verb. oblig.* Igitur cum moræ duplex ſit effectus, unus ut in bonæ fidei contractibus uſuræ & fructus præſtentur: alter ut in omnibus tam ſtricti juris, quam bonæ fidei judiciis, ſpecies debita poſt moram perempta adhuc debeatur; prior moræ effectus fidejuſſori, niſi in omnem cauſam fidejuſſerit, non nocet, poſterior nocet. Excutiamus jam locos aliquot, qui huic ſententiæ obſtare videntur. Ex his unus eſt illi Pauli in *l. ſi ſervum* 91. §. *nunc videamus.* 4. *in fin. ff. de verb. oblig.* ubi Juriſconſultus agens de fidejuſſore in rem certam accepto, ait eum in totam cauſam ſpopondiſſe. Reſpondeo, vocabulum cauſæ non uno modo ſemper accipitur: ſed aliquando refertur ad rem ipſam, quæ in obligationem deducta eſt, & condemnationem quæ circa ipſam verſatur, ut in *d. l. ſi ſervum.* §. 4. Aliquando ſignificat omnem utilitatem rei & negotii, de quo agitur, ut in *d. l. quæro. ff locati. l. præterea.* 20. *ff. de rei vind l. videndum* 38. §. *ſi actionem* 7. *ff. de uſur.* Itaque pro re ſubjecta illud explicandum erit. Atqui in *d l ſi ſervum.* §. 4. non quæritur de uſuris aut acceſſionibus rei in obligationem deductæ; ſed de re ipſa & condemnatione re poſt moram perempta facienda, nempe an interitu rei, qui poſt moram accidit debitoris, liberetur fidejuſſor, nec ne, ut apparet ex ipſo textu & §. præcedente. Adde quod de uſuris quæri non poteſt, niſi pecunia debeatur, nec de rei interitu, niſi certa debeatur ſpecies; cum nec quantitas debita perire poſſit. *l. incendium.* 21. *C. ſi cert. pet.* nec uſurarum quæſtio moveri, ubi non debetur quantitas.

Eadem fere reſponſio eſt ad *l. ſi quis.* 56. §. 2. *ff. de fidejuſſ.* ibi, *in omnem enim cauſam acceptus videtur.* Ecce enim non dicit Juriſconſultus, fidejuſſorem in omnem cauſam obligatum eſſe ſimpliciter, ſed addit, quæ ex numeratione naſci poteſt. Unde apparet hoc referendum eſſe ad principalem obligationem, non ad acceſſiones ejus, ut hic ſit ſenſus, fidejuſſorem ſe obligaſſe videri in caſum tam conſumptorum nummorum, quam extantium, id eſt, exceptionis, ſi pecunia fuerit dantis, & conſumptionis, ſi aliena. Magis adverſari videtur *l. amiſſi.* 52. §. 2. *ff. de fidejuſſ.* ubi Papinianus ait, fidejuſſores à colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri, id eſt, ob æſtimationem inſtrumentorum, quæ prædiis ſic attribuuntur, ut

dos

dos nuptiis *l.* 2. §. *ult.* *l. Seia.* 20. §. 1. *ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* Reſpondeo, Papinianum non loqui de fidejuſſore, qui in certam ſummam pro mercede locationis a colono præſtandam intervenit, ſed de eo, qui à colono datus eſt in cauſam conductionis, vel in conductionem ſimpliciter: qui perinde tenetur, ac ſi promiſiſſet locatorem indemnem fore. Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejuſſor in omnem cauſam interceſſiſſe videatur, & conſequenter in uſuras quoque & alias acceſſiones ſe obligaſſe, neceſſe eſt in bonæ fidei contractibus nominatim hæc verba aut ſimilia exprimere: *Indemnem me præſtabis?* aut *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit*, &c. ſed ſufficit ſimpliciter, verbi gratia, in cauſam conducti aut empti fidem ſuam adſtrinxiſſe citra mentionem certæ quantitatis, *arg l.* 2. §. *pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vend.* nec mutat, *in cauſam* dicat, indefinite, an *in cauſam omnem* ſive *univerſam*, cum propoſitio indefinita ſecundum regulas logicorum æquipolliat universali. Non obſtat igitur, quod apud Africanum & Ulpianum legimus, ſi tutor moram fecit, etiam fidejuſſores ejus nomine uſurarum medii temporis teneri. *l. ſi poſtea.* 10. *ff. rem pup. ſalv. for. l.* 3. *ff. de fidejuſſ. tut.* Nam ſtipulatio rem pupilli ſalvam fore in omnem cauſam tutelæ interponi intelligitur, & id omne continere, quod in tutelæ judicium venit. *l. cum pup.* 9. *l. cum rem.* 11. *ff. rem pup. ſalv. fore.* Nonnihil autem negotii facit ſpecies *l. pen. ff. ut leg. nom. cav.* ubi cum legatarii ab uno é duobus hæredibus, cum ab utroque legatum eſſet, ſatis legatorum nomine accepiſſent, & poſtea deficiente cohærede portio ejus accreviſſet promiſſori, ait *Juriſconſultus* in totum fidejuſſores teneri, ſicut & is ſolidum debere cœpit: & ſi aucta ex poſt facto obligatione promiſſoris principalis augetur & acceſſoria fidejuſſorum. Reſpondeo, quod jure accreſcendi accedit & debetur, non venit ex mora, neque ex cauſa aliqua poſtea emergente, ſed vi principalis obligationis: quia ea eſt conditio cohæredum, ut qui ex iis hæreditatem adiit, cogatur etiam invitus cum onere recipere portionem deficientis, ne quis pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedat. *l. unic.* §. *his ita. C. de caduc. toll.* qua de cauſa & fidejuſſores eo caſu obligantur, virtute nimirum principalis obligationis, non propter moram aut aliam novam cauſam. Unus adhuc ſcrupulus evellendus eſt, quem nobis injicit Ulpianus in *l.* 1. §. *belliſſime.* 13. *ff. ut leg. nom. cav.* ait belliſſimè quæri, an ſtipulatio ſeu ſatisdatio legatorum nomine incrementum ex fructibus vel uſuris ſentiat: & reſpondet recte placuiſſe ex mora incrementum habituram, ut id, quod oportebit comprehendat. Sed animadvertendum eſt, hanc ſtipulationem eſſe prætoriam, ac proinde de mente prætoris legem accipere ſecundum *l. in conventionalibus.* 52. *pr. ff. de verb. oblig.* & hoc ſignificat Ulpianus his verbis, *ut id quod oportebit comprehendat*, nempe etiam ſi verbum futuri temporis *oportebit* expreſſum non ſit, ſed præſentis duntaxat *oportet*, licet ſecus ſit in ſtipulatione conventionali, in qua futurum *oportebit* non ſubintelligitur, ſed exprimi debet, ut omnis cauſa comprehendatur. *l. ſi ſtipulatus.* 76. §. 1. *l. ſi à colono.* 89. *ff de verb. oblig. D. Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 23. *theſ.* 5. *litt. D. & E.* reſpondet ſtipulationem legatorum cautionalem eſſe & inducere naturam obligationis ex teſtamento, quæ ratione fructuum & uſurarum bonæ fidei contractus naturam imitetur. *l. uſura.* 34. *ff. de uſur* Sed melior eſt prior reſponſio; quia poſteriori perſpicue obſtat. *d. l. ſi à colono.* Eſt autem noſtra de tota hac quæſtione ſententia communi DD. conſenſu probata in *l. centum Capua.* 8. *ff. de eo quod certo loco. & l. fidejuſſores.* 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ* quanquam ſingula non tam plane & dilucide ab aliis explicantur. Aliter ad pleraque reſpondet Bronchorſtius *cent.* 4. *aſſert.* 54. rectene, an ſecus, lectorum judicio permitto. Ego aliorum nævos lubenter prætereo, & extra quam ſi res, de qua agitur, id flagitet, moris mei non eſt aliena carpere.

CAP.

CAP. XI.

An ſolæ quæſtiones facti ſint objectum probationis?

IN probatione conſiſtit potiſſimum momentum ad obtinendum jus noſtrum, quippe qua ſi quis deſtituatur, audiet illud Pauli in *l. duo ſunt Titii.* 30. *ff. de teſt. tut.* non jus, ſed probatio deficit. Inanis enim eſt actio, niſi indubitatæ probationis fide apud judicem competentem liqueat, verum eſſe quod in judicium deducitur. Omnis autem probatio noſtra aut tabulis conſtat, aut teſtibus, *c. foris. ext. de verb. ſign.* ſed ea aut directa eſt, cum ſcilicet id quod probare volumus, ipſis teſtimoniis aut inſtrumentis continetur; aut obliqua, cum id, quod intendimus, ex tabulis aut teſtimoniis argumentando colligimus: quarum illa ἄτεχνος, hæc ἔντεχνος dici poteſt. *A*tque ex hoc vel ſolo intelligi poteſt, quid ad quæſtionem propoſitam reſpondendum ſit, nimirum non juris, ſed facti quæſtiones eſſe objectum ſive materiam, circa quam verſatur probatio; ſiquidem jus probari inſtrumentis aut teſtibus non poteſt, ſed ſola facta. Imo juris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum eſt. *l.* 2. *ff. de juris & facti ignor.* certa autem & notoria non probari debent, ſed allegari ſufficit. *C. evidenter. ext. de accuſ. Mynſing.* 6. *obſ.* 3. Plane non negamus dubiam interdum eſſe legum ſententiam, eamque conjecturis & argumentis eliciendam, ſed hoc ipſis incumbit *J*udicibus, quippe quorum officium eſt, ut ubi de facto conſtat, ipſi etiam non admoniti de jure diſpiciant. *pr. Inſt. de offic. jud.* Sed & pedanei *J*udices de facto tantum, non de jure cognoſcebant. Quod ſi de jure incidiſſet dubitatio, Prætorem aut Præſides, à quibus dati erant, conſulere, non litigantium allegata ſequi debebant. *l. eum quem.* 79. § 1. *ff. de judic.* Totum quidem illud in judicis poteſtate eſt, ut ſtatuat, utrum ſatis ſibi probatum ſit id, de quo quæritur an non. *l.* 3. §. 2. *ff. de teſtib.* at hoc non ad juris, ſed ad facti quæſtionem duntaxat pertinet; ſolæ enim facti quæſtiones in poteſtate ſunt *J*udicis, non juris *l.* 1. §. 4. *in fin. ad SC. Turpill. l. ordine.* 15. *in fin. pr. ff. ad municipal.* Imo uſque adeo non tenentur litigatores *J*udici probare, quid juris ſit, ut contra Judex, ſi quid à litigatoribus eorumve Advocatis minus fuerit dictum, id ſupplere & proferre debeat, quod ſciat legibus & juri publico convenire. *l. un. C. ut quæ deſ. adv. jud. ſuppl.* qui textus omnino ad ea pertinet, quæ juris ſunt, non ad ea, quæ ſunt facti, ut & in ipſo textu aperte dicitur. Hinc illud, quod in Curiis Galliæ celebratum refert Mynſingerus, *Venite ad factum, Curia novit jus.* Non obſtat locus Pauli in l. 5. *pr. ff. de probat.* ubi ait ab ea parte, quæ dicit adverſarium ſuum aliquo jure prohibitum eſſe ſpecialiter lege vel conſtitutione, id probari oportere. Nam illic non de jure ipſo, ſed de jure partis agitur: nempe ubi quis negat alicui id licere, quod jure communi omnibus conceſſum eſt; veluti ſi quis dicat aliquem jure prohibitum eſſe advocatione, probare debet eum prævaluiſſe illicita compendia ſuæ exiſtimationi: non autem qui talia faciunt, advocatione prohiberi, quod juris eſt. *l.* 5. *C. de poſtul.* Similiter, accuſor à Titio facinoris alicujus, ajo eum prohibitum eſſe accuſare, propter cauſam aliquam, de quibus in *l.* 8. *ff. de accuſat.* Si Titius id neget, meum erit probare, non jus, quod certum eſt & notum, ſed factum ipſum, puta turpem quæſtum, infamiam, &c. adverſarii. Omnes poſſunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiusfam. Senatusconſulto Macedoniano. Itaque ſi quis à creditore conventus dicat ſe non potuiſſe mutuum accipere propter Senatusconſultum Macedonianum, is non debet probare Senatusconſulto cautum eſſe, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedit, actio petitiove detur, ſed ſe eſſe filiumfam. Ipſe autem *J*udex ſtatuet, quid juris ei tanquam filiofam. ex Senatusconſu[illegible] competat. In ſumma cum de jure partis controverſia eſt, in quæſtionem facti res incidi[illegible]. Fatemur equidem jus aliquando inter Advocatos eſſe controverſum, dum ille hoc, alter iſtud ait eſſe juris certi: ſed quid certi & explorati juris, Judex non ex probatione Advocatorum, ſed ex tabulis publicis & corpore juris diſcere debet, *pr. Inſt. de Offic. jud. l. un. C. ut quæ deſ.*

advſ.

adv. part. in quam rem & Ariſtoteles 1. *Rhet.* 1. ἢ δίκαιον, inquit, ἢ ἄδικον, αὐτὸν δήπου δικαςὴν δεῖ γιγνώσκειν, καὶ οὐ μανθάνειν παρὰ τῶν ἀμφισβητούντων. Quod ſi quæratur de communi DD. opinione, quam plerumque Judices in judicando ſequuntur, hic etiam facti quæſtionis ſpeciem res induit, haud ſecus quam conſuetudo facti eſſe dicitur, & probanda eſt, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in ſtatu juridiciali probatione utuntur: ſed palam eſt eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id, quod dicitur, ſive id in jure conſiſtat, ſive in facto. At nos probationem accipimus, quaſi ad ſtatum conjecturalem duntaxat pertineat, cum quæritur de facto, non de jure. Et hoc dicimus, cum quæritur, quid probari debeat, an omne id, de quo diſputatur, ſive facti ſit quæſtio, ſive juris, is cui incumbit probatio, Judici probare teneatur, & niſi probet, ſententia contra eum ſit ferenda, facti tantum probationem ei incumbere, non etiam juris; probatoque facto ipſum Judicem diſpicere debere, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus proditum eſt. *pr. Inſt. de offic. jud.* Quod ſi probationem accipiamus, ut Rhetores faciunt, pro quavis confirmatione, ejus quod dicitur, etiam ubi de jure diſputatur, probatione utimur, id eſt, allegatione juris. Quis enim ignorat etiam in ſtatu judiciali multa aſſerri ſolere, ut probetur aliquid jure factum eſſe, aut ſecus? Cæterum ad victoriam cauſæ id neceſſarium non eſt, cum ipſe Judex, ubi de facto conſtat, etiam non admonitus de jure diſpicere debeat, ut jam aliquoties dictum eſt. Enimvero hæc ita obtinent & vera ſint, cum de jure ſcripto quæritur. Aliud autem dicendum eſt, cum agitur de jure non ſcripto ſive conſuetudine. Nam qui conſuetudinem allegat, eam probare ſolet, aut rebus judicatis ſecundum *l. cum de conſuetudine* 34. *ff. de legib.* aut per turbam ſive teſtes conglobatos, ut hodie fit in Curiis, de quo pulchre *Ant. Faber. Cod. ſuo forenſ. de teſtib. defin.* 3. & 14. Nempe cum conſuetudo ſenſim tacito utentium conſenſu introducatur, neceſſe eſt conſenſus is ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc reſpectu conſuetudo facti eſt, probari quoque debet. Plane ſi certa ſit conſuetudo & notoria, juxta eam judicandum eſt, quamvis ne allegetur quidem. *Gail.* 2 *obſ* 31. *Mynſing.* 6. *obſ.* 41, & *ſeq. Diod. Tulden in C. quæ ſit long. conſuet. Weſenb. par. ff. de probat. n.* 7.

CAP. XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla ſit per rerum naturam probatio?

QUod paſſim legimus actorem, quod intendit, probare oportere, eo non probante, reum, etſi nihil ipſe præſtet, abſolvi. *l. quotiens* 18. *l. verius* 21. *l. ante omnia ff. de probat. l.* 8. *l. actor.* 23. *C. eod. l.* 4. *C. de edend. l.* 9. *C. de oblig. & act.* id quidem verum eſt, quando reus id, quod actor aſſeverat, ſimpliciter inficiatur, & ita capiendi ſunt iſti textus. Cæterum cum reus ad defenſionem ſuam depulſione aut exceptione utitur, ejus quod dicit, probatio ipſi reo incumbit, actor contrarii probatione non oneratur: veluti ſi reus dicat ſe ſolviſſe, ſibi accepto latum eſſe, dolo malo ſe inductum, pactum eſſe, ne actor peteret, &c. *l.* 1. *C. de probat. l. quotiens.* 18. & *l. ſeq. pr. ff. eod. l.* 1. *ff. de except.* In ſumma is probare debet, qui dicit & aliquid affirmat, ſive actor ſit, ſive reus. *l.* 2. *ff. de probat.* Et ratio eſt, quia factum negantis quatenus negat, per rerum naturam nulla eſt probatio. *l. actor.* 23. *C. eod. tit. l. aſſeveratio* 10. *C. de non. num. pecun.* Non igitur ordo judiciorum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam malè putant; ſed quo minus probari poſſit, obſtat rerum natura, id eſt, vis ac poteſtas rebus a naturæ auctore, id eſt, a Deo indita, quæ eſt immutabilis. Finge viginti vel centum teſtes dicere ſe non vidiſſe mihi numerari pecuniam; non tamen hoc probatum eſt: poteſt enim nihilominus verum eſſe me pecuniam accepiſſe. Hinc vulgo Doctores ajunt, pluris eſſe unum teſtem affirmantem, quam viginti negantes. Atque idem dicendum eſt de inſtrumentis, quæ nihil exhibent niſi puram negationem ſuper eo negotio, de quo lis eſt. Cæterum hæc ita ſe habent in mera & ſimplici facti non

limitati

limitati negatione. Quod ſi factum, quod negatur, ſit loco & tempore circumſcriptum, aliud eſt, & talis negatio probari poterit: veluti ſi negem Lugduni mihi numeratum eſſe Calendis Januariis, hæc negatio certo tempore & loco circumſcripta eſt: & implebitur ejus probatio, ſi probem me eo die Lutetiæ fuiſſe *l. optimam.* 14. *C. de contr. & commit. ſtipulat.* §. *item verborum.* 11. *Inſt. de inut. ſtipul.* & utrobique *Gloſſ. & D. D.* nec diſſimilis eſt ſpecies. *l.* 2. *C. de err. adv.* ubi negatio reſtricta eſt ad certam ſcripturam, unde error libellionis probari poteſt. Et tamen ne hic quidem, ſi rem bene expendamus, negationem probo, quatenus nego, ſed quia prius aliquid pono & affirmo, ex quo id, quod nego, per conſequentiam neceſſariam efficitur. Itaque illud adhuc manet, & perpetuo verum eſt, factum negantis, quatenus ſolum negat, naturali ratione nullam eſſe probationem. Quod ſi prius aliquid affirmet & probet, unde id quod negat, per conſequentiam rectè colligatur, jam non probat, quatenus negat, ſed quatenus affirmat. Atque hoc non tantum uno illo & altero, quem diximus, caſu contingit, ſed & pluribus aliis. Finge hæredem negare, quod legatarius affirmat, bona defuncti ſufficere ad legata integra ſalva Falcidia exſolvenda, in hac quæſtione diſertè reſponſum eſt hæredi probationem incumbere. *l. cum de lege.* 17. *ff. de probat.* At quomodo hæres hic probabit, quod negat? Non poteſt directo: ſed poteſt per conſequentiam, oſtenſa prius quantitate legatorum & patrimonii defuncti. Poteſt autem hæres ex libris rationum facile docere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, ſi negem aliquem hæredem aut dominum eſſe, potero id probare, ſed ita demum, ſi oſtendam hæreditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotieſcunque negationis dari poteſt concludens ratio, tunc ea implicitè, ut loquuntur, continet affirmationem, atque ut planius loquar, vi & effectu affirmatio quædam eſt, non pura & puta facti negatio. Ut ecce, ſi filius neget ſe in poteſtate patris eſſe, vi ipſe affirmat, ſe eſſe ſui juris, & hoc probare poteſt, nempe ſi doceat ſe à proavo, aut avo paterno eſſe emancipatum, quæ probatio propterea etiam à filio exigitur. *l. ſi filius.* 8. *ff. de probat.* Huc item referenda negatio, quam Interpretes appellant negativam juris, & qualitatis exempli gratia, ſi negem Titium teſtamentum facere potuiſſe, quam negativam juris vocant, id probare debeo, & poſſum, ſi oſtendam eſſe filiumfam. Si negem poſſe eſſe Procuratorem, id probabo, ſi militem eſſe oſtendero. Si negem teſtatorem mentis compotem fuiſſe, quæ Doctoribus qualitatis negatio eſt, mihi negatio hæc probanda, & implebitur intentio, ſi doceam furioſum fuiſſe. *l.* 5. *C. de Codicil.* Item ſi negem emancipationem rite factam eſſe, id probare debeo. *l.* 5. §. 1. *ff. de probationibus* Si ſimpliciter negarem factam eſſe, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne poſſet quidem imponi, quia facti indefiniti negatio probari nequit: Sed cum nego, emancipationem recte factam eſſe, hæc eſt negativa qualitatis, eamque probare poſſum & debeo, quia pro actu legitimo & coram magiſtratu celebrato præſumptio eſt, omnia debito modo peracta eſſe. *arg. l.* 4. *C. de jur. & fact. ign. l.* 2. *C. ſi adv. rem. jud.* Huc etiam pertinet ſpecies *l. non nudis.* 14. *C. de probat.* nam qui negat Titium eſſe filium ſuum, id probare poteſt oſtendendo eſſe alienum. Hæ autem negationes non ſunt negationes juris conſtituti, quod probatione non indigere periore quæſtione oſtendimus; ſed negationes ejus juris, aut qualitatis, quod vel quam pars adverſa ſibi competere aſſerit: ac proinde negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, ideo hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur. *l.* 5. *pr. ff. de probat.* quod eſt facti, & qui id negat, factum negat, & res in quæſtionem facti incidit, ut ſuperiore quoque capite demonſtratum eſt. Deinde nec re ipſa ſunt negationes, ſed affirmationes. Qui negat emancipationem rite factam eſſe, vi ipſa ait emancipationem eſſe vitioſam, & jure prohibitam. Qui negat te idoneum eſſe Procuratorem, affirmat te jure prohiberi Procuratorem eſſe Qui negat teſtatorem ſanæ mentis fuiſſe, aſſeverat eum dementem fuiſſe aut furioſum. Et ideo qui hoc dicit, probare debet, non quia verbis negat, ſed quia re affirmat. Et in univerſum hoc tenendum eſt, negationem aut affirmationem non ex verbis rei, ſed ex intentione actoris æſtimandam eſſe: ut ſi neget reus, quod actor intendit, vere negate dicatur, etiamſi utatur verbis affirmativis, veluti ſi actor intendat ſe dominum eſſe, poſſeſſor contra ſe dominum eſſe dicat, cujusmodi ſpecies proponitur §. [illegible] *Inſt. de action.* his verbis poſſeſſor affirmat ſe dominum eſſe, re negat actorem eſſe dominum, quia ejuſdem rei duo in ſolidum domini eſſe non poſſunt. Quod ſi reus non ſimpliciter neget intentionem actoris, ſed adverſus ejus intentionem prius aliquid afferat ad ſui defenſionem, quamvis utatur verbis negativis, affirmare intelligitur, ut in ſupra ſcriptis omnibus exemplis. Et hoc optime demonſtrari poteſt exemplo actionis confeſſoriæ & negatoriæ. Intendit aliquis ſe habere jus altius tollendi invito vicino, uti-

tur

tur actione negatoria, etſi oratio affirmativa eſt: quia re ipſa negat ſe ſervitutem vicino debere, ſive vicino jus eſſe prohibendi, quominus ædes altius tollat. Ex contrario negat aliquis jus vicino eſſe ædes ſuas altius tolere hic agit confeſſoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia ſervitutem ſibi competere contendit, ſive jus ſibi eſſe prohibendi, ne vicinus altius ædificet; quæ intentio etiam figura orationis affirmativa eſt. *l.* 4. §. *competit autem.* 7. *ff. ſi ſerv. vind. DD. comm. ad.* §. 2. *Inſt. de action. Donell. in l.* 23. *C. de probat. Duar.* 6. 12. *prior. comment. ad tit. de probat.* Ex his tam paucis commodius & certius, opinor, tota res percipi poterit, quam ex fuſis & intricatis aliorum de probatione negativæ diſputationibus.

CAP. XIII.

An quo jure licitum ſit leviri aut gloris filiam neptemve uxorem ducere?

NOn ſolum propter cognationem ſeu ſanguinis conjunctionem à quarundam nuptiis abſtinendum eſt, ſed etiam affinitatis, quæ eſt cognationis quoddam ſimulacrum, ea vis eſt, ut quosvis affines quibusvis matrimonio jungi naturæ honeſtas non patiatur. Et omni quidem jure prohibentur jungi affines, qui invicem parentum & liberorum loco ſunt, ut ſocer & nurus, vitricus & privigna, & porro cæteri in recta ſive perpendiculari affinium linea. §. 6. & 7. *Inſt. de nupt. l. adoptivus.* 14. §. *ult. ff. eod. l. nemini.* 17. *C. eod. Levit. cap.* 18. *verſ.* 8. 15. & 17. Atque hanc prohibitionem perpetuam & moralem eſſe evincit locus Apoſtoli 1. *ad Corinth.* 5. ubi tale ſtuprum (τοιαύτην πορνείαν) ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Transverſa autem affinitatis linea non videtur apud veteres Romanos prohibitionem ullam habuiſſe, idque variis exemplis doceri poteſt. Apud *Marcum* Tullium *lib.* 1. *de divinat.* & Valerium Maximum *lib.* 1. *cap.* 5. legimus Metellum mortua uxore Cæcilia filiam ſororis Cæciliæ in matrimonium duxiſſe: quod tamen neuter eorum, ut novum aut illicitum refert. Et quamvis D. Beza dubitet, an hoc locum habuerit inter affines transverſi limitis in univerſum, puta ſi frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut ſororis, vel contra filius fratris aut ſororis uxorem patrui, aut avunculi ducere voluiſſent: ego tamen crediderim apud Romanos jura affinitatis morte unius è conjugibus pro extinctis habita fuiſſe; utique ſi liberi ex eo matrimonio non ſupereſſent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum illum Craſſum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxiſſe: neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita ſolutis nuptiis eam diſſolvi crediderunt, ſalva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas perſonas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, quemadmodum & adoptione ſoluta nuptiæ non impediebantur, niſi ob ſolam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerant. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius amitam adoptivam, ſoluta per emancipationem adoptione, ducere potuerint, cum nuptiæ etiam cum ſorore adoptiva diſſoluta adoptione conſtitiſſe certum ſit. §. 2. *Inſtitut. de nupt.* Cæterum inſignis hic veterum Romanorum error eſt; & ingens profecto eſt diſcrimen inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum eſt; affinitas vero etiam cauſam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis ſolutis adhuc permanet, ut bene Pontifex in *c.* 1. *cauſ.* 35. *quæſt.* 1 Atque hoc etiam poſteriores honeſtate propius inſpecta agnoverunt. Itaque longius itum, prohibitumque matrimonium inter levirum & glorem, ſororium & fratriam, id eſt, ut neque frater uxorem defuncti fratris ducere, nec viciſſim ſoror marito ſororis nubere poſſit, nec maritus cum ſorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi, *l.* 5. *l. pen.* & *l. ult. C. de inceſt. nupt* Quod & alii populi honeſtatis & verecundiæ paulo obſervantiores ſecuti ſunt, ut Alemanni *legib. Aleman. tit.* 40. §. 1. Boiarii *leg. Boiar. tit.* 8. Franci *leg. Franc. lib.* 5. *tit.* 4. Convenienter ſcilicet legi divinæ *c.* 18. *Levit. verſ.* 16 quo loco cum fratris cum uxore fratris defuncti

 nuptiæ

nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque cenſeri debet ſororis cum mariro ſororis ſuæ conjunctio ex ratione, quam affert Moſes, quia, inquit, frarris tui pudenda ſunt: quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui eſt, ut jam affinirate tu illi frater, illa tibi ſoror facta ſit, quos conjungi naturæ honeſtas non patitur. Et hanc quoque prohibitionem moralem eſſe arguunt loci novi fœderis *cap.* 14. *Matth. verſ.* 4. *cap.* 6. *Marc.* 18. *cap.* 3. *Luc.* 19. Lex vero de fratria uno caſu ducenda, ſcilicet cum frater ſine liberis deceſſiſſet *cap.* 25. *Deuter. verſ.* 5. myſterium continet, nempe ut in nomen primogeniti conſervaretur familia, & primogenita Chriſti nunquam intermoritura ſignificaretur. *Auguſtinus quæſtione* 62. *in Leviticum.* Eſt igitur exceptio legis & diſpenſatio præcepti in *d. cap.* 18. *Levit. verſ.* 16. In linea transverſa affinitatis inæquali nullum in libris juris Cæſarei extat interdictum: ſed nec ullus reperitur locus, ubi inter affines hujus lineæ nuptiæ permittuntur. Multi quoque exiſtimant illicitas fuiſſe, propterea quod etiam in transverſa inæquali linea perſona ſuperior parentis, inferiores liberorum locum obtinent. *l. nuptiæ.* 53. *ff. de ritu nupt.* Et quia Modeſtinus generaliter pronuntiat, matrimonio copulari, nefas eſſe, qui affinitatis cauſa parentum & liberorum loco habentur. *l.* 4. *ff.* §. *hos itaque.* 7. *ff. de grad. & affin.* Pontifices Romani longius progreſſi ſunt, & ſicut in conſanguinitate vetuerunt conjungi non ſolum conſobrinos, ſed etiam ſobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter ſe civili computatione diſtent, ita etiam in affinitate ad eundem usque gradum prohibuerunt conjungi affines. *cap. non debet. & ibi Canoniſt. de conſang. & affin.* Itaque ſecundum decreta Pontificum non potero ducere filiam aut neptem ſobrini uxoris meæ (*miins huyſvrouvven achterjuſterlings dochter oft dochters dochter*) ſine diſpenſatione. Sed dectera nihil aliud ſunt quam laquei conſcientiarum, citra ullum reſpectum honeſtatis aut naturalis pudoris, fabricata tantum Sedis Romanæ crebris diſpenſationibus ditandæ gratia. Lex divina per Moſen data fere per omnia convenit cum jure Cæſareo Romanorum. In transverſa affinitatis linea inæquali Dominus expreſſe apud Moſen *d. cap.* 18. *verſ.* 14. *& cap.* 20. *verſ.* 20. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui; adjecta hac ratione, quia eſt amita tua. Cui omnino conſequens eſt 1. nec ſororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi poſſe, quia illius eſt matertera. 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut ſororis uxoris ſuæ, quia & illi hujus θεῖοι. 3. nec amitam aut materteram cum marito filiæ fratris aut ſororis: quoniam & illæ hujus θεῖαι de quibus poſterioribus ſpeciebus etiam nominatim apud nos cautum eſt *art.* 11. *ord. polit.* Cæterum an æque ex conſequenti prohibitæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris ſuæ, aut de quo hic quæſtio eſt, cum fratris aut ſororis uxoris ſuæ, ſive leviri vel gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longe recedere ab honeſtate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim ajunt verecundum eſt, patruum meum cum ea, quæ mea aliquando uxor fuit, conſueſcere, & duos conſanguineos cum eadem miſceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum ſorore mea, & unum ſucceſſive cum duabus conſanguineis. Sed cur in his minus valeat ratio legislatoris, quia eſt amita aut matertera tua, quia eſt patruus aut avunculus tuus; συγγενεῖς γάρ σου εἰσίν, ut vertunt Septuaginta? Non aliam utique rationem interdicti affert Moſes. Et vero ſi in univerſum ſpectamus cauſam, ob quam nuptiæ etiam in quibusdam gradibus affinitatis prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coaleſcentes jam non amplius duo ſunt, ſed una caro; in univerſum etiam dicendum videtur, eosdem gradus affinitatis prohibitos cenſeri debere, qui prohibiti ſunt in conſanguinitate; & propoſitionem illam Moſis *Levit.* 18. *verſ.* 6. *Ad proximam ſanguinis ſui nemo accedat*, etiam ad affines, qui pro conſanguineis ſunt, pertinere, & ad eum usque gradum vim ſuam exercere, ad quem usque extenditur prohibitio inter ſanguine junctos, quæ & reformatæ Eccleſiæ Doctorum ſententia eſt, ut videre eſt apud *Bez. tract. de repud. & divort. Zanch. lib.* 4. *de operib. Dei. cap.* 1 *theſ.* 5. *in fin. Beuſt. de matrim cap.* 51. *poſt princ.* & alios; probata Ordinibus Hollandiæ *d. ordin. polit. art.* [illegible] & paſſim in ditionibus liberæ Belgicæ recepta. Errarque adeo D. Joannes à Sande *lib.* [illegible] *deciſ. Friſic. tit.* 1. *defin.* 8. dum aſſerit Zanchium & Bezam putare jure divino permiſſam eſſe conjunctionem cum amitæ vel materteræ marito, vel avunculi aut patrui uxore. Illos enim conſtanter contrarium docere compertus eſt, quisquis locos citatos inſpiceit non gravabitur. Et quid? Bezæ

& Zan-

& Zanchius contra expreſſa verba Moſis, *Turpitudinem patrui tui non revelabis, &c.* pronunciarent lege divina permiſſum eſſe matrimonium cum uxore patrui? Concludimus ergo lege divina etiam prohibitum eſſe leviri vel gloris filiam aut neptem uxorem ducere, de quo hic ex profeſſo agitur. Atque ita ex facto conſultus non ita pridem cum Clariſſimo Viro D. Nicolao Dedelio Collega meo piæ memoriæ reſpondi. Objiciebatur nobis, quod in prohibitoriis omnia conceſſa & permiſſa intelligantur, quæ non expreſſe & ſpecialiter ſunt prohibita. *l. nec non.* 28. §. 2. *ff. quib. ex cauſ. major.* Negabam hoc à *Juriſconſulto* dici, ſed hoc tantum, ſi leges non prohibeant; ſimpliciter ſcilicet, non autem ſi expreſſe non prohibeant: alioqui fore, ut omnis extenſiva interpretatio fundata in ſententia & ratione legislatoris tolleretur; quod abſurdum, imo inauditum eſt, & praxi omnis ævi contrarium. Apud Moyſen non prohibemur ſpecialiter ducere aviam, neque proneptem, neque amitam aut materteram magnam, neque uxorem avunculi, imo nec ipſam filiam noſtram. An igitur dicemus inter omnes haſce perſonas jus connubii eſſe? abſit. Neque enim in prohibitoriis id ſolum prohibitum intelligi debet, quod verbis expreſſim prohibitum eſt; verum etiam quod eandem prohibitionis rationem habet, ex ſententia ſcilicet legislatoris. *l. contra.* 29. *& l. ſeq. ff. de legib. l.* 3. §. *is autem. l.* 7. §. *mutui. ff. de Senat. Maced. l. oratio. ff. de ſponſal. cum ſimil. cap. quod una. ext. de reg. jur. in* 6. eoque pertinet, *l.* 6. §. 1. *ff. de verb. ſign.* ubi Ulpianus ait verbum *ex legibus*, ſic accipiendum eſſe, tam ex legum ſententia, quam ex verbis. Et illud Celſi, Scire leges non hoc eſt verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem. *l. ſcire.* 17. *ff. de legib.* Et quamvis igitur ſingula apud Moſen non ſunt expreſſa, tamen quibusdam poſitis, quæ paria ſunt, pro expreſſis habenda; cum hoc flagitet ipſa ratio, ut de ſimilibus ſimiliter ſtatuatur. *l. neque leges.* 10. *cum aliquot ſeqq. ff. de legib. l.* 7. *ff. ad l. Aquil. Cic. pro Cæcin. & alibi.*

Doctores Reformati, atque inter eos Beza *d. tract. de repud. & divort.* Zanchius *lib.* 4. *de operib. Dei, cap.* 1. *theſ.* 7. in eo quoque conveniunt, quod etiam interdicta, quæ affines laterales ſpectant, moralia ſint & perpetui juris. Et noſtra quidem opinione verba *d. cap.* 18. *Levit. verſ.* 24. adeo clara ſunt, ut de eo dubitandi nemo rationem habeat. Neque enim Deus gentes ob ſingula facta cum ſingulis interdictis pugnantia tam graviter puniviſſet, niſi in ſingulis peccaſſent contra legem naturæ, id eſt, legem naturalis pudoris & verecundiæ. Attendatur pœnæ gravitas, & notentur particulæ univerſales, quibus ſingulos iſtos caſus deſignat legislator, cum idcirco gentes puniendas eſſe ait, ac proinde nec juris ignorantia hic cuiquam prodeſſe potuit, nec excuſationem mereri, quod res non eſſet integra. Etſi enim pleræque harum conjunctionum directe non adverſantur primæ illi legi naturæ, ſed primis juris naturæ principiis: contraria tamen ſunt concluſionibus, quas homo rationis & naturæ ductu ex primis iſtis principiis elicere poteſt, & approbare debet: & ita juri naturæ ſecundario: cujus gratiam facere nemo niſi Deus ipſe poteſt: qui & forte in ſanctis olim quædam matrimonia vetita *de c.* 18. *Levit.* conceſſit propter ſancti generis paucitatem; aut piis ex infirmitate lapſis, & judicii errore aliorum exempla ſecutis, id benigne condonavit. Denique talia objicienti recte reſpondebitur, non exemplis, ſed legibus judicandum eſſe. Grotius 2. *de jur. belli & pac.* 10. putat legem de conjugiis à Deo datam univerſo humano generi in reparatione poſt diluvium. Atque hac in parte multum, imo nimium tribuit interpretationi Rabbinorum. Igitur ut tandem concludamus, dicimus leges omnes in univerſum de conjugiis à Deo per Moſen populo Iſraëlitico datas, morales & æternas eſſe, atque haud ſecus constringere omnium hominum vitam, quam ipſa Decalogi præcepta: ac proinde neminem mortalium hic ſibi quicquam vindicare poſſe, cum *Ant. Contio* 2. *ſubſec. Beza d. tract. de repud. & divort. Zanchio lib.* 4. *de operib. Dei. c.* 1. *theſ.* 7. *Bucano loc. de conjug. q.* 22. quanquam non omnes, qui contra iſtas leges faciunt, æque graviter peccant. In qua ſententia & Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex *c. litter. de reſtit. ſpoliat.* ut & Panorm. *in d. c. n.* 17. multique alii è Pontificiis Doctoribus tam Theologis, quam Jureconſultis, adeoque doctiſſimi Scholaſticorum, qui etiam aperte [illegible]erunt, nec ipſum *Pontificem* Romanum diſpenſare poſſe, ut matrimonium contrahatur inter perſonas in gradibus prohibitis. *d. c.* 18. *Levit.* quorum prolixum catalogum habes apud Sanchez *Jeſuitam de matrim. lib.* 7. *diſp.* 52. *n.* 7. Grotius *l.* 1. *introd. ad juriſpr. Bat. c.* 5. & Coren. *conſ.* 21. *n.* 27. *&* 28. *[illegible]morant.* D.D. Ordines Hollandiæ ſemel atque iterum per modum diſpenſationis petenti alicui perm[illegible]us uxorem duceret; & nominatim Ægidio

Flori Procuratori Generali 20. Auguſti 1609. ſed poſtmodum ſemper, ut accepi, idem petentibus de conſilio Curiæ provincialis denegatum eſt, non minus piè mea ſententia, quam tuto.

CAP. XIV.

An quævis filia à quibusve parentibus dotanda? & ex profeſſo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti?

DOtare filiam, eique conditionem honeſte nubendi quærere, patris officium eſt. *l. capite.* 19. *ff. de rit. nupt. l. ult. C. de dot. promiſſ.* Nam cum maritus onera matrimonii ſuſtinere cogatur, & pro hiſce oneribus viciſſim omnes fructus dotis quam ab uxore accepit, ipſius lucro cedant etiam hoc onus, dotandi ſcilicet filiam, ut hujusmodi onerum partem agnoſcere debet. *l. pro oneribus* 20. *C. de jur. dot.* Sed hoc ita, ſi pater filiam habeat in poteſtate. *d. l.* 19. *ff. de rit. nupt.* alias avo paterno id incumbit, cujus in poteſtate filia eſt. Secus etiam eſt, ſi filia ſit emancipata; utpote quæ bona propria habet, ex quibus dos conſtitui poteſt. Sed nec tam arctum vinculum eſt patri cum filia emancipata & ſui juris effecta, quam cum ea quæ adhuc in ejus poteſtate & familia eſt: & hæc patri, illi ſibi acquirit. Non adverſatur quod à Papiniano reſponſum eſt; cum pater idemque curator filiæ emancipatæ dotem pro ea conſtituit, in dubio eum videri magis quaſi patrem de bonis ſuis dotem conſtituiſſe, quam quaſi curatorem de bonis filiæ, *l.* 5. §. *ult. ff de jur. dotium.* Ex eo enim minime ſequitur, patrem jure obligatum eſſe ad dotem filiæ emancipatæ dandam: ſed τὸ ἐναντίον, nempe patrem non teneri ex ſuis bonis dotare filiam emancipatam, & ſi expreſſim de bonis filiæ non de ſuis dotem conſtituat; nihil eum contra jus facere. Idem non obſcure arguit *l. ſi res.* 51. *ff. eod. tit.* ubi Ulpianus ait, ſi pater filiæ emancipatæ res, quæ ei poſt emancipationem donavit, cum dotem poſtea dederit, dotem à filia, non à patre datam videri: ergo non tenetur pater de propriis bonis filiæ ſui juris effectæ dotem dare. Quod ſi pater filiæ nomine dotem promiſit, eamq; ante nuptias emancipavit, non reſolvitur promiſſio, non magis quam ſi pater ante nuptias mortuus eſſet. *l. ſi pater.* 44. *pr. ff. eodem.* Sed & ex hoc ipſo à contrario ſenſu recte colligitur, citra promiſſionem non teneri patrem de ſuo filiam emancipatam dotare. Plane ſi filia emancipata ſit paupercula, & abſque dote conditionem invenire nequeat, tentari poteſt officio magiſtratus patrem cogi poſſe, ut dotem det. Multo minus igitur tenebitur pater dotare filiam naturalem. Non enim quilibet qui pater eſt, in hujusmodi cauſis jure noſtro pro patre habetur; ſed is demum, quem nuptiæ demonſtrant, aut qui filiam adoptavit. *l.* 5 *ff. de in jus voc. l.* 6. *ff. de his qui ſui vel al. jur. l.* 1. *& paſſ. ff. de adopt.* Non mutat, quod pater alimenta præſtare huic filiæ debet: nam ab alimentis ad dotem non recte argumentamur affirmando, puta alere tenetur, ergo & dotare: ſed negando duntaxat, non tenetur alere, ergo nec dotare. Buſius in *d l* 19. *ff. de rit. nupt.* Etiam ſpuria ſive vulgo quæſita filia alenda à patre eſt, modo de eo conſtet: non tamen dotanda. Alimenta denegare eſt necare. *l.* 4. *ff. de agnoſc. & alend lib.* Denique quid verbis opus eſt? textus in hanc rem ſatis eſt clarus in *l. uxorem.* 41. § *pater naturalis.* 11. *ff. de legat* 3. ubi pater pro filia naturali, cui fideicommiſſum debebat, dotem dans, non intelligitur id feciſſe, ut pater, aut dotis debitor, ſed ut debitor fideicommiſſi, & hujus debiti minuendi cauſa. Quin & ſi maxime velit pater, tamen ſi liberos legitimos habeat, non niſi certam quantitatem, & nimirum unam unciam quocunque modo vel inter vivos vel ultima voluntate in talem filiam transferre poteſt. *l.* 8. *C. de natur. lib. junct. Nov.* 89. *cap.* 12. §. 2. Unde tamen benigne dici poteſt, ſi filia naturalis valde inops ſit, officio jus dicentis, ſive ut nunc loquuntur, officio Judicis nobili, patrem conſtringi poſſe, ut huic filiæ aliquid in dotem det, quod tamen, ſi liberi legitimi ſint, non excedat quantitatem definitam *d. l.* 8 *C de natur. lib. & D. Nov* 89. *cap.* 12. §. 2. Et hæc communis eſt opinio. *Gloſſ in l uxorem* 41. § [illegible] *naturalis.* 11 *ff. de legat.* 3. *Bartol. ibi. & in l.* 1. *ff ſoluto matrimon num* 11. *Bald. & Salicet in l ult.* [illegible] vocatur, *promiſſ. Mantic. lib.* 12 *de tac. & ambig. conv. tit.* 19 *num.* 4. & 3 *Gudel.* 1. *de jur. nov c.* 1 [illegible] *Perez ad* [illegible] *n.* 6. Alii ſe fundant in æquitate juris Canon ci, *arg c cum haberet. in fin. de eo qui dux.* [illegible] ... ditur. Quid ... 188. *n.* 4, & plerique appellatione ſuperiorum intelligunt omnes, [illegible] ...m? Sane quidem ſecun- [illegible] novella iſta in praxi & foro ſub auctoritate legis allegari poſſit:

confundentes ex concubina natos cum vulgo quæſitis. *Paleot. de noth. & ſpur. fil. c. 49. & ſeq. Boër. deciſ. 127. Covar. part. 2. de matrim. c. 8. §. 6. n. 15. Gail. d. loc.* Nonnulli eadem æquitate moti nec eos in totum excludunt, qui nati ſunt ex damnato coitu, ab alimentis ad dotem perperam κατασκευάζοντες.

Mater filiam dotare non cogitur, niſi ex magna & probabili cauſa. *l. neque mater. 14. C. de jur. dot.* Magna autem cauſa eſſe putatur non tantum ſi mater ſit dives, pater inops, verum etiam, ſi mortuo patre ipſa filia inopia laboret. Legibus etiam hoc ſpecialiter cautum eſt, ut mater heretica filiam Chriſtianam dotare cogatur. *l. cognovimus 19. C. de hæret. & Manich.* ad quem textum forte reſpexit Tribonianus in *d. l. neque mater.* in verb. *vel ex cauſa ſpecialiter lege expreſſa.* Sed illud ceſſare cœpit, poſtquam ex conſtitutione Frederici in *auth. Gazaros, C. de hæret. & Manich.* & jure Canonico *c. vergentes. 10. ext. eod.* omnium hæreticorum bona confiſcari placuit, ita ut in *d. cap. vergentes.* etiam liberi Catholici ab iis bonis excludantur: niſi quis dicat, & quidem probabiliter, ex bonis iſtis confiſcatis aliquid pro dote vel alimentis liberorum decidi oportere, ſicut olim ex bonis damnatorum portiones liberis relinquebantur. *l. 7. ff. de bon. damnat.* Sed moribus fœderatæ Belgicæ hæc jura abrogata ſunt: nemoque apud nos propter hæreſim aut hetorodoxiam bonorum patitur publicationem. Et cum igitur nec Judæorum bona publicentur, procul dubio diſpoſitioni *d. l. 19. C. de hæret.* locus erit in Judæa matre, ut filiam Chriſtianam dotare cogatur. Sed & totius fere Belgii aliorumque moribus ob conjugalem bonorum omnium communionem mulier ſicut lucri, ita etiam damni particeps fit: & ideo dotandi onus, tanquam æs alienum commune eſt, & ad utriusque parentis officium ſpectat. *Vid. Groenevv. de ll. abbrog. ad d. l. neque mater. & ibi alleg.*

Præcipua vero quæſtio hic eſt de filiafam. locuplete ſeu bona propria habente, nempe an huic pater dotem dare cogatur. Ego ſic diſtinguendum arbitror: ſi filia habet quædam bona libera pleno jure ex bonis maternis aut aliunde, quorum uſumfructum pater non habet (ut in *auth. excipitur. cum 2. ſeqq. C. de bon. quæ. lib.*) unde honeſte pro conditione perſonæ ſuæ dotari poteſt; hoc caſu non putarem patrem cogi poſſe, ut de ſuo dotem filiæ conſtituat. Ratio eſt, quia nec talem filiam alere pater tenetur. *l. 5. §. ſed ſi. ff. de agnoſc. & alend. lib.* ab alimentis autem ad dotem licet ἀνασκευάζειν. Et ceſſat omnino ratio onerandi patrem, quando filia ob bona propria conditionem reperire poteſt. *Bart. in l. mulier. 22. §. cum proponeretur. 4. ff. ad Senat. Trebell. Alciat. in lib. 1. ff. ſoluto matrimon. Iulden. in Codicill. tit. de dot. promiſſ. num. 7. Bachov. in Treutl. diſput. de jur. dot. theſ. 2.* Multa quidem poſt Salicetum & alios, ſed in vanum diſputant *Gail. 2. obſ. 95. Paleot. de noth. & ſpur. cap. 49. & ſeq. Sichard. in l. ult. C. de dot. promiſſ. Bronch. 3. aſſert. 14.* ut probent argumentum à negatione debitionis alimentorum non neceſſario procedere ad negationem debiti dotis, cauſamque dotis etiam favorabiliorem eſſe cauſa alimentorum, quo nihil eſt παραδοξότερον. Sed objicitur nobis *d. l. ult. C. de dotis promiſſ.* quæ eſt una ex quinquaginta deciſionibus *Juſtiniani*. Videamus ergo quid *Juſtinianus* illic conſtituat. Agit ibi Imperator de patre habente uſumfructum in bonis liberorum adventitiis, ut patet ex principio d. conſtitutionis. Deinde non jubet patrem dotem de ſuo dare; ſed ſi dotem ultro promiſerit, definit, ex cujus bonis hoc pater feciſſe cenſeri debeat, utrum de bonis propriis ex liberalitate, an de bonis filiæ. Et ſumma *d. l ult.* eſt, quam refert Baldus. Pater ſimpliciter dotem dans pro filia non expreſſo, de cujus patrimonio, cenſetur dediſſe de ſuo ipſius patrimonio. Si vero dixerit ſe dotem dare de ſuo & filiæ patrimonio, tunc ſi pater eſt inops, cenſetur dotem dediſſe de filiæ patrimonio: ſin pater eſt locuples, cenſetur eam ſummam quam expreſſit, dediſſe de ſuo ipſius patrimonio, & tantundem tacite voluiſſe accedere ex bonis adventitiis filiæ, in quibus uſumfructum habet; quem uſumfructum eatenus tacite remiſiſſe intelligatur. Idemque jus conſtituit, ſi pater [illegible]ationem propter nuptias pro filio promiſerit. Quod ſi pater expreſſe dicat ſe de filiæ bonis do[illegible] [illegible]is caſus non deciditur in *d. l. ult.* ſed decidendus eſt ſecundum ea quæ dixi, nempe pa[illegible] [illegible] de ſuo dotare filiam locupletem, quæ bona propria pleno jure habeat, ſeu quo[illegible] [illegible] pertineat ad patrem. Hoc igitur adhuc manet, ſi pater ſimpliciter pro filia, [illegible] habente [illegible] dederit, eam de ſuis bonis ex liberalitate dediſſe intelli[illegible] [illegible] *famil. erciſc.* ad ſolennitates referunt [illegible] colligit[illegible], poſſe patrem, ſi ve[illegible] [illegible] quam ab inteſtato [illegible] valeat etiam [illegible] lit, etiam

lit, etiam de filiæ bonis dotem promittere : & ſi hoc expreſſe dixerit, eum non teneri de aliis, quam de filiæ bonis dotem promiſſam præſtare. *Fac. l. ſi res.* 51. *ff. eod tit.* Non obſtat, quod etiam filiæ locupleti debetur portio legitima. Hæc enim mortuo demum parte debetur, nec liberis auferri debet patris hæreditas, ad quam ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita eos vocat. Dos autem datur à patre vivo in eum finem, ut filia conditionem matrimonii inveniat. *l. 2. ff. eod. tit.* Itaque ſi filia conditionem matrimonii reperire poteſt ob propria bona, ceſſat cauſa onerandi patrem, ut bene *Diod. Tulden. ubi ſupra Duar. ad tit. ſol. matr. c. 3. de dotib.* Quod ſi filia nulla bona propria habeat, aut nudam tantum bonorum proprietatem, uſufructu apud patrem conſtituto, hoc caſa pater aut ex ſuo patrimonio dotem dare debet, aut remiſſo uſufructu, quem in bonis filiæ habet, plenum eorum jus ex cauſa dotis in filiam transferre: ſicut etiam pater, qui uſumfructum in bonis liberorum adventitiis habet, alimenta illis de ſuo præſtare tenetur. *l. ult.* §. *ipſum autem.* 5. *pr. & verſ. cum enim. Cod. de bon. quæ lib.* De filia, quæ ſine patris conſenſu nupſit, fruſtra quæritur, an eam dotare pater debeat : quoniam hoc caſu jure civili nec dos, nec matrimonium intelligitur : moribus noſtris ob eam cauſam etiam exhæredari poteſt, utique ſi minor viginti annis fuerit. *Grot. lib. 2. introduct. ad juriſpr. Batav. ca.* 18. alibi etiamſi major, modo minor 25. annis. *Chriſtin. vol. 3. deciſ.* 132. *num.* 19. *Tulden. in C. de nupt. num. 2. & de tot. promiſſ. num.* 9. Quid de jure Canonico hic ſtatuendum, vide *Gail.* 2. *obſ.* 95. *num. 3. & ſeqq. Panorm. in cap. 1. num. 6. de deſponſ. impub. Covar. p. 2. de matrim c. 3. § 8. n. 8. Tulden. d. n.* 9. An vero & quatenus ſecundum jura, quæ nunc obtinent, recipi poſſit conſtitutio Juſtiniani in *l. ult. C. de tot promiſſ.* quam ſingularem & ſatis mirabilem appellat *Chriſtin. vol. 3. deciſ.* 132. *num.* 24. & tamen uſu forenſi receptam prædicat, eo quod ſecundum eam in Camera Imperiali judicatum teſtatur Mynſingerus *cent. 5. obſ.* 32. *num.* 2. vide *Groeneuv. tract. de legib. abrog. ad. d. l. ult.* ubi bene & ſolide oſtendit non poſſe eam conſtitutionem moribus horum temporum ſine vitio applicari aut in praxi recipi, licet ſecundum jura illius temporis, quo compoſita & a Juſtiniano promulgata eſt, tamen & æquitate non careat : quod etiam non obſcure innuit *Tulden. ubi ſup. num.* 6.

CAP. XV.

An promiſſio donationis cauſa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamſi traditio ſecuta non ſit?

DOnationem inter virum & uxorem jure noſtro prohibitam eſſe conſtat. *tit. ff. & C. de donat. int. vir & uxor* Ratio ſumenda à blanditiis conjugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel cauſam rixarum & diſſidii, quin & divortii quærere poſſit; cui adde quæ referuntur in *l 1. & l. 2. ff. d tit.* & docte explicantur à Connano *lib. 8. comm. cap.* 11. Sunt tamen nonnullæ hic exceptiones & nonnulli caſus, quibus hanc donationem valere placet: veluti ſi donator non fiat pauperior, imo ſi donatarius non fiat locupletior, licet ille pauperior, *l. 5. conceſſa.* 8. & §. *cum igitur.* 16. *ff. eod. tit.* ſi donationes ſint reciprocæ. *l. 7. §. 2. ff. eod.* aut remuneratoriæ inſignis alicujus operæ aut officii. *arg. l. hec jure.* 19. §. 1. *l. Aquilius.* 27. *ff de donat.* ſi mortis cauſa donatio fiat. *l. 9. §. ult. cum l. ſeq. ff. de donat. int. vir.* Etſi autem his cauſis, & ſi quæ ſunt ſimiles, exceptis, cæteræ donationes inter virum & uxorem non conſiſtunt ; placet tamen morte donantis eas confirmari. *l. res uxoris.* 24. & [illegible] *de donat. int. vir. & ux.* quod effectum eſt oratione Severi & *Antonini*, quæ refertur [illegible] ab Ulpiano in *l. cum hic ſtatus* 32. *ff. eod.* Infirmæ vero manent, quamdiu mo[illegible]ucatur, dum ſecuta eſt [illegible] ac proinde præmoriente donatario evaneſcunt, quoni[illegible]enditur. Quid eſſe in plus non poteſt. Quæſitum aut[illegible] intelligunt omnes, qui non ſun[illegible]um? Sane quidem ſecun- tradiderit, ſed d[illegible] novella iſta in praxi & foro ſub auctoritate legis allegari [illegible] poſſit:

hæc conventio (quæ & ipſa *κατὰ μετωνυμίαν* donatio appellatur) morte promittentis confirmetur, ut ſuperſtiti donatario contra donantis defuncti hæredem exactio promiſſi detur. Res non caret ſcrupulo. *Gloſſa, Bartolus, Baldus & DD. comm. in l. Papinianus.* 23. *ff. de donat. int. vir. & ux. Coſtall. ibid. Connan. lib.* 8. *comment. cap.* 11. *Mant. lib.* 21. *de tac. & ambig. conv. tit.* 7. *num.* 32. *Scip. Gentil. lib.* 3. *de donat. int. vir. & ux. cap.* 38. *Mynſing. cent.* 2. *obſ.* 33. *num.* 3. ſtatuunt hoc caſu ceſſare orationem, nempe morte donantis conjugis non confirmari donationes, quæ verbis tantum promiſſæ ſunt, ſed eas ſolas, quæ re vera extiterunt, & traditione perfectæ ſunt; hæredem autem conjugis ex ſola promiſſione conveniri non poſſe, licet non revocata voluntate conjux deceſſerit. Atque his ego me adjungam ſocium. Rationes, quæ me impellunt, hæ ſunt. Primum, quod non videatur plene & cum effectu donare voluiſſe, qui tantum promiſit, neque dedit: & quia fidem ſuæ donationis non præſtitit, pœnituiſſe exiſtimandus eſt. Imo nec revera & proprie donatio ſubſiſtens in terminis conventionis donatio eſt, ſed de dando conventio. Proprie enim nemo donare intelligitur, niſi qui & tradat. *l.* 1. *ff. de donat.* Donatio eſt doni datio *l. ſenatus.* 35. §. 1. *ff. de mort. cauſa donat.* Unde donatio opponitur ſtipulationi & promiſſioni. *l.* 3. §. 10. *l.* 23. *ff. de don. int. vir.* 2. Quia non eſt novum, ut conventio, quæ alias per ſe prorſus nulla eſt, accedente traditione aliquid roboris accipiat, atque ob eam cauſam facilius confirmari debeat. *l.* 1. §. *ſi vir.* 4. *& ibi Bart. ff. de acq. poſſ.* 3. Movet textus in *l. cum hic ſtatus.* 32. §. 2. *ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi verba orationis referuntur, quæ hoc exprimunt, durum eſſe, ut eripiatur donatario ab hærede defuncti donatoris, quod defunctus donavit. Eripi autem nemini poteſt, niſi quod jam habet, quod traditum ſibi tenet ac poſſidet. 4. Quoniam alias nulla in propoſito dari poſſe videtur differentia inter donationem mortis cauſa, & donationem inter vivos. *arg. l.* 32. *ff. de mort. cauſa don. & l.* 11. *pr. ff. de don. int. vir.* quatum illa tamen inter conjuges permiſſa, hæc vetita; 5. Textus expreſſus & rotundus in *l. Papinianus.* 23. *ff. de donat. int. vir & ux.* ubi Ulpianus ſententiam Papiniani probat, exiſtimantis orationem Divi Severi ad rerum donationes duntaxat pertinere, non ad nudas promiſſiones: ideoque ſi maritus uxori ſuæ ſtipulanti tantum ſpopondiſſet, non etiam tradidiſſet, marito mortuo hæredem ejus conveniri non poſſe, licet durante voluntate maritus deceſſerit. Hic utique in terminis, ut loquuntur, quæſtio propoſita deciditur, & ſecundum quod nobis viſum apertiſſime pronunciatur. Quis enim ferat, quod ad hunc locum Ant. Faber. *lib.* 2. *conject.* 8. reſpondet, Ulpianum memorare tantum ſententiam Papiniani, non probare; cum diſerte Ulpianus dicat Papinianum recte putaſſe, &c. Sed ſcilicet, ſi fides Ant. Fabro, vox *recte* ab imperito interprete addita eſt, & ideo tollenda. Schifordigerus autem *lib.* 1. *tract.* 11. *quæſt.* 8. de via magiſtri ſui nonnihil deflectens, putat ex duabus ſententiis Papinianæ, quæ ab Ulpiano proferuntur, priorem duntaxat Ulpiano probari, poſteriorem ab eo referri tantum, non probari; propterea quod in poſteriore non repetit particulam *recte*: quaſi vero ea repetita non intelligatur *ἀπὸ κοινοῦ*, aut poſterior aſſertio Papiniani non dependeat, tanquam neceſſarium conſequens à priori. Denique ſi poſteriorem non æque ac priorem probaſſet Ulpianus, haud dubie id expreſſiſſet, nec ſine vitio id omittere potuit. Putant nonnulli variaſſe Ulpianum, & Papiniani ſententiam, quam prius probaverat in *d. l. Papinianus*, poſtea improbaſſe in *d. l. cum hic ſtatus.* At cur hoc magis dicunt, quam Ulpianum ſuam ipſius ſententiam mutaſſe poſtea, & probaſſe Papiniani in *d. l. Papinianus*? In *d. l. cum hic ſtatus* §. 1. loquitur obſcurius: & locus iſte aliam interpretationem, quam quæ ab illis affertur, pati poteſt, ut poſtea demonſtrabitur. At in *d. l. Papinianus.* nulla obſcuritas, plane & aperta Jurisconſulti ſententia. Fateor tamen & contrariam ſententiam non levibus niti argumentis, eamque habere aſſertores egregios, interque eos Coraſium *lib.* 5. *miſc. c.* 1. *Ant. Fab. & Schiſordig. ubi ſupra.* Sed age, argumenta hæc excutiamus, & videamus quid iis probabiliter reſponderi poſſit.

Primum ducitur ex *l. cum hic ſtatus.* 32. §. *ſive autem.* 23. *ff. de don. int. vir.* ex quo loco colligunt: Quæcunque donatio ex ratione juris veteris ante orationem Severi inter conju- ... ea oratione confirmata eſt. *d.* §. *ſive autem.* At conſtat nec valuiſſe promiſſionem ... §. *ſciendum* ... *ff. eod.* ergo & illa ex eadem oratione valet. Reſpon- ... *famil. ercisc.* ad ſolennitates referunt ... nempe an non nes ... valeat etiam ... quocun-

lad- ... datur ... temptum public- ... tate ſua liberis optime ...

quocunque modo factæ donationes per orationem ſint confirmatæ. Nam textus in *d. l. cum hic ſtatus.* 32. §. *ſive autem.* 23. commode reſtringi poteſt ad donationem veram ac proprie dictam, plenam ſcilicet & perfectam, quæ ſit conſummata vel per traditionem actualem, vel per acceptilationem, aut quamvis fictionem brevis manus, quæ pro traditione fit, ut in *l.* 3. §. *ult. ff. eod.* ut hiſce modis, & ſi quid id genus alii, donationem factam oratione confirmari intelligamus. Atque huc pertinet *d.* §. 23. *d. l.* 32. ubi expreſſe agitur de remiſſione obligationis facta per acceptilationem, in qua eſt fictio brevis manus, tanquam res ſoluta, & mox donationis cauſa reddita eſſet. Sed ajunt etiam ſtipulatione perfici donationem. Quis negat? Imo ex conſtitutione Juſtiniani etiam nuda conventione perficitur donatio, cum ſcilicet donator voluntatem ſuam ſcripto aut ſine ſcripto manifeſtavit. §. 2. *Inſt. de donat. l. ſi quis.* 35. *C. eod.* Sed hic primus tantum gradus perfectionis eſt, unde donatario in donatione licita acquiritur obligatio & actio duntaxat, non rei promiſſæ dominium. Vere autem & plene demum perficitur & conſummatur donatio promiſſi & doni præſtatione. Sic emptio & venditio perfici dicitur, ſimul atque de pretio convenit: non ante tamen pro conſummata habetur, quam res tradita ſit & pretium numeratum. Atque, ut ante diximus, proprie donatio ipſam rei translationem ſignificat: quam ob cauſam inter modos acquirendi dominii numeratur. *Inſt. de donat. in pr.*

Secundum argumentum ſumitur ex *d. l. cum hic ſtatus.* 32. §. 1. ubi Juriſconſultus ait, oratione inductam eſſe non tantum, ut res fiat ipſo jure ejus, cui donata eſt, ſed etiam ut obligatio ſit civilis: quod poſtremum non niſi de ſtipulatione donandi cauſa facta putant intelligi poſſe. Sed quidni verba iſta Juriſconſulti de eo caſu accipi poſſunt, quo aut nomen conjugi donatum eſt & ceſſat actio, aut evictionem promiſit donator, quomodo & Accurſius ea accepit? Hoc certe probabilius dicitur, quam aut Ulpianum ſibi non conſtitiſſe, aut Papinianum à reliquis diſſenſiſſe Juriſconſultis. Addidit Accurſius & alium caſum, nempe ſi alter alteri debitum per acceptilationem remiſerit; ſed hoc quomodo huc applicari queat non video.

Tertiò, non parum juvare videtur contrariam ſententiam, quod ab Ulpiano reſponſum eſt in *l. ſi ſtipulata.* 33. *ff. eod.* ſi mulier annuum ſtipulata fuerit, & manente matrimonio maritus deceſſerit, donationem (Haloander & Duarenus legunt *ſtipulationem*) ex ſenatusconſulto confirmari. Reſpondet Bartolus, confirmari quidem hoc caſu donationem, ſed non ultra, quam ante ex ſtipulatione præſtitum eſt à marito juxta *d. l. Papinianus. ff. eod.* Ego autem puto recte defendi poſſe, ex promiſſione annui etiam ejus nomine, quod præſtitum non eſt, hæredes mariti, qui promiſit, teneri, ſed non aliter, quam ſi maritus re ipſa jam ſolvit aliquid de illo annuo; puta ſi unius aut alterius anni pretium conventum dedit, ut jam in actum exierit illa promiſſio, & poſtea ceſſavit. Hoc, inquam, caſu puto reliquorum annorum debitum ab hæredibus exigi poſſe, propterea quod hic promiſſor ipſo facto voluntatem ſuam ſatis declaravit: quanquam nec abſurdum eſt in promiſſione annui ſeu alimentorum ſtatuere exceptionem. Plane non eſt exiſtimandum donationem annui durare ultra matrimonium, cum ex conjugali affectione fluxerit.

Quartò, in contrarium urgent *l.* 2. *C. de dot. caut. non num.* Sed ad hunc locum facilis reſponſio eſt, nimirum cum vir donandi animo aliquod incrementum in dotem adſcribit, ut in ſpecie *d. l.* 2. quaſi traditionem factam videri, per fictionem ſcilicet brevis manus, cujus eadem vis eſt, quæ veræ, *l.* 3. §. *pen. & ult. ff. de donat. int. vir. & ux.* neque aliter traditionem talis incrementi fieri ſolere: tum enim dos ipſa conſtante matrimonio penes maritum eſſe debeat, & conſequenter etiam incrementum dotis. *l.* 4. *ff. de jur. dot.* abſurdum eſſet id tradi mulieri, & ſtatim à viro recipi. Quapropter hoc incrementum dotis perinde ac ſi revera traditum eſſet, actione rei uxoriæ ab hæredibus mariti uxor recte petet. Bartolus in eandem ſententiam tribus verbis reſpondet, eſſe in *d. l.* 2. *C. de dot. caut. non num.* traditionem fictam, quæ idem operetur, quod vera. Ultimo objicitur communi ſententiæ *Novell.* 162. *cap.* 1. ubi expreſſe etiam quævis promiſſio donationis cauſa mulieri facta, licet nulla traditio intervenerit, poſt mortem mariti confirmatur, & mulieri ... quod in conventionem deductum, eſt datur condictio. Verum cum novum jus illis aperte int... nem quod olim ex oratione Severi non obtinuit, ex veteri utique jure communis ſententia ... *de admin. tut. l.* ergo? An novo jure vera eſt contraria ſententia, & ſecundum eam pronunt... *cum* dum illam Novellam. Sed ego dubito ...

poſſit: quoniam in vulgatis editionibus deſidetatur, & demum à Neotericis ex Græco translata & volumini *Authenticorum* inſerta eſt. Unde nec à pleriſque allegatur, ne quidem à Coraſio aut ipſo *Ant. Fabro*. Sed neque videtur eſſe *Juſtiniani*, verum alius & incerti Principis: ideoque nec addita eſt inſcriptio alicujus Imperatoris. Quid hic juris noſtris & Galliæ moribus, vide *Grœnevv. de ll. abrog. ad l.* 1. *de donat. int. vir. & ux.*

CAP. XVI.

An cum teſtator prohibuit inventarii confectionem, etiam neceſſitas reddendarum rationum tutori vel curatori remiſſa intelligatur?

TUtores omnes & curatores, cujuscunque generis ſunt, non ante debent ſe miſcere adminiſtrationi ſibi commiſſæ, quam inventarium bonorum omnium & rerum pupillorum aut adultorum, nominumque & inſtrumentorum ſolenniter ſub præſentia publicarum perſonarum confecerint. *l. tutor.* 7. *pr. ff. de admin. tut. l. tutores.* 24. *C. eod. ult.* §. 1. *C. arbitr. tut.* ſolo patre legitimo adminiſtratore ſecundum communem interpretum ſententiam excepto. *Mont. de jur. tut. c.* 32. *reg.* 5. *de confect invent. n.* 88. Eſt autem inventarium hoc fundamentum adminiſtrandi bona, & caput reddendarum rationum. *l.* 1. §. 3. *ff. de tut. & rat. diſtr.* Inde enim promptum eſt, quod alias vix fieri poſſet, cognoſcere, an & quantum fraude vel negligentia tutorum de bonis ſit deminutum. Atque ideo ob non confectum inventarium quaſi ſuſpecti removentur, vinculiſque publicis continentur, tanquam rerum pupillarium ſpoliatores & prædones, & infamia notantur. *l.* 3. §. *tutores qui repertorium non fecerunt.* 16. *ff. de ſuſp. tut.* (in editione Florentina illa verba deſunt, & initium §. eſt, *qui pecuniam*) *l. ult. in fin. C. arbitr. tutel.* Denique contra eos juratur in litem, nec tantum ob dolum, verum etiam ob latam culpam. *d. l* 7. *pr. ff. de adm. tut. l.* 2. *C. de in lit. jur. Covar. var. reſol. lib.* 2. *c.* 14. *num.* 4. *in fin. & n.* 5. *Montan. d. loc. num.* 20. *& multis. ſeqq.* Poſtremo, non antequam inventarium publice confecerint, & ſecundum morem ſolitum res iis traditæ fuerint, ullam habent adminiſtrandi, aut vel attingendi bona pupillorum adultorumve facultatem *d. l. ult.* §. 1. *C. arbitrium tut.* Sunt tamen nonnulli caſus, quibus aliquid de hoc jure relaxatur: vel ſi juſta cauſa impediat, quominus tutor ſtatim aut ſuo tempore (de quo vide *Montan d. loc. num.* 29.) inventarium facere poſſit, puta ſi morbus ſonticus eum tardet. *d. l. tutor. pr. & ibi Bartol. num.* 17. aut ſi cauſa non admittat dilationem & res pupillo non obſit ſed proſit, *l. ult. C. de tut. qui ſat. non ded. d. l. tutor. & ibi Bart. num.* 27. Eſt & alia eaque inſignis exceptio, nempe ſi teſtator expreſſim prohibuerit inventarium fieri, *d l. ult.* §. 1. *C. arbitrium tut.* Idemque juris eſſe pleriique putant, etſi teſtator non expreſſe prohibuerit fieri inventarium, ſed tantum ſimpliciter tutori remiſerit neceſſitatem inventarium faciendi. *Bart. in l. nemo poteſt.* 55. *n.* 12. *ff. de leg.* 1. *Guid. Pap. deciſi* 352. *Clar.* §. *teſtamentum. qu.* 66. *n.* 4. *Montan. l. d. loc. num.* 98. *Moller. lib.* 1. *ſemeſtr. c.* 39. *n.* 12. *Gothofr. ad d. l. ult.* §. 1. quaſi nihil interſit, utro horum verborum teſtator uſus fuerit, remitto, an vero ſive prohibeo, quod tamen vix eſt, ut probare poſſim. Nam qui vetat, jubet ne fiat ullo modo: qui remittit, non vult non fieri, ſed gratiam ejus, quod fieri debebat, facit. Vetando teſtator ſuo & pupillorum ſuorum pudori conſulere velle intelligitur, quæ juſta cauſa eſt: remittendo tantum gratificatur tutoribus, quæ cauſa non videtur eſſe ſufficiens. Sane Juſtinianus in *d. l. ult.* §. 1. *C. arb. tut.* non aliter tutores à neceſſitate faciendi inventarii abſolvit, quam ſi teſtator ſpecialiter inventarium conſcribi vetuerit: quod & Jaſo in *l. nemo poteſt.* 55. *ff. de leg. in col.* 10. notat, & ſequitur *Chaſſan. ad conſuet. Burgund. in gloſſ. verb. par. inventaire. tit. des enfans de pluſieurs licts. n.* 27. *Joan. Dilect. de art. teſt. tit.* 7. *cautel.* 3. *n.* 2. *Damhoud in patrocin pup. tit. de tut. & cur. mun. tom.* 1. *n.* 17. *Chriſtin. ad ſtat. Mechlin. tit.* 19. *art.* 12 *num.* 7. *Buſ. ad l.* 7 *pr ff de adm. tut. num.* 3. & in puncto juris verius eſſe tantum non fatetur. *Clar. d. quæſt.* 66 *num.* 5. Cau[illegible] autem prohibitionis hanc ferme habent teſtatores, ne patrimonii ſecreta & æs alienum pan[illegible] *C. de alim. pup. præſt.* & ne, ut alibi ajunt Impp. opulentia ad invidiam, aut paupertas ad con[illegible] dicitur in *l. ult. pr.* [illegible] *l.* 2. *pr. verſ. ſed ubi quarta. C. quand. & quib quart. pars.* ac creditur pater pro pie[illegible] §. *ult.* [illegible] *ad leg. Jul. de adult.*

Solent

Solent autem judices huic prohibitioni teſtatoris plerumque acquieſcere, quanquam non præciſe coguntur eam ſequi: nam ſi pupillo ſecus expedire intelligant, poterunt nihilominus, & debent tutorem adigere ad ſolennem inventarii confectionem, per textum aureum in *l. utilitatem. 10. ff. de confirm. tut. l. 5. §. Julianus. 7. ff. de adm. tut. l. 7. verſ. nec tamen. ff. de ann. leg. & ſimil.* quemadmodum & vice verſa ipſe judex interdum ex juſtiſſima cauſa neceſſitatem conficiendi inventarii tutori remittere poteſt, etiamſi teſtator non prohibuerit inventarium fieri, puta ſi forte non conducat facultates pupilli patefieri. *arg. l. 2. ergo etiam. 45. & ſeq. ff. ad Senat. Tertull. l. 2. C. de alim. pup. præſt.* vid. *Bart. ad l. 7. pr ff. de adm. tut n. 19. Chaſſan. ubi ſupra. num 26. Montan. d. reg. 5. num. 108. Chriſtin. d. art. 12 n. 7. 8. 9. Thulden. in Cod. de admin. tut. n. 2. Grœnevv. tract. de legib. abrog. ad l. ult. C arbitr. tut.*

Illud eleganter quæſitum, an prohibita inventarii confectione hoc ipſo cenſeatur teſtatur etiam rationum reddendarum neceſſitatem tutori aut curatori remiſiſſe? Affirmant *Damhoud. in patrocin. pupill. c. 4. n. 15. Molin in conſuet. Pariſ. 1. p. § 6. gloſſ. 6. n. 12. Moller. 1. ſemeſtr. 39. n. 6.* & plures *ibid. alleg.* Firmamentum hujus ſententiæ eſt, quia absque inventario rationes reddi nequeunt, quippe quod illarum caput eſt & fundamentum: atque ut Molineus poſt *Gemi. in c. generali col. 2 de elect. in 6.* ait, ſine inventario non poteſt confici & verificari primum & principale caput libri rationum, quod eſt de receptis: & Damhouderus paria eſſe, remittere rationum reddendarum neceſſitatem, & abſolvere tutorem à confectione inventarii: atque ideo hæc valere εἰς ἀμφότερα cui remiſſæ rationes, is nec inventarium facere tenetur: & quem teſtator à confectione inventarii abſolvit, is nec tenetur reddere rationes. Cæterum verior eſt contraria ſententia, negantium ſcilicet prohibitione inventarii conficiendi neceſſitatem reddendarum rationum tutoribus ſimul remiſſam cenſeri. Longe enim melius eſt & probabilius, ut dicamus prohibitionem iſtam pertinere duntaxat ad ſolennem inventarii confectionem, quæ fit interventu publicarum perſonarum, & ita ut exemplar mox magiſtratui exhibendum ſit, (quod nos dicimus, *ſtaet en inventaris in handen van de Weeſmeeſteren leveren Grot. lib. 1. introd. ad juriſpr. Bat. cap. 9.*) quæ prohibitio ideo fieri à teſtatore ſolet, ne ſecreta patrimonii ejus evulgentur, ut ante dictum eſt, & ne ſcrupuloſa fiat inquiſitio. Non autem eo, ut tutores non teneantur facere inventarium privatum ac deſcriptionem, qua res omnes & bona pupillorum adhibitis amicis aut cognatis annotent, ac deinde accepta & expenſa in rationes referant. In his enim omnibus ratio prohibitionis à teſtatore factæ ceſſat. Quod ſi ne id quidem voluiſſet teſtator fieri, re ipſa etiam dolum futurum & fraudem teſtator remiſiſſet: quod ne facere debet, nec poteſt. *l. ita autem. 5. §. Julianus. 7. ff. de adm. tut. Joan. Dilec de art teſt tit. 7. cautel 2. n. 3.* Quapropter dicendum eſt, etiam hoc caſu, ubi talis prohibitio facta eſt à teſtatore, privatum tamen repertorium & privatam annotationem à tutore fieri oportere: ne ſi poſtea pupillus tutorem dolo & fraudo aliquid geſſiſſe dixerit: non habeat pupillus quo id probet, aut tutor quo ſe defendat. Poterat autem ſe defendere repertorio & annotatione privata: qualis annotatio etiam juramento confirmari poterit, ſi non refutetur manifeſtis probationibus. *arg. l. 2. pr. verſ. ſed ubi quarta pars. C. quand. & quib. quart. pars.* ita Buſius ad *d. l. 7. num. 6. ff. de adm. tut. Chriſtin. ad conſuet. Mechling. d. tit. 19. art. n. 9. & ibi citat.* & hæc vi ipſa etiam Molleri ſententia eſt *loc. ſup. not. n. 8.* & facit huc *l. ſi ſervus. 119. ff. de legat. 1. & l. cum tale. 72. §. quid ergo. 3. ff. de cond. & demonſtr.* Quid quod ne illud quidem concedendum eſt, poſſe patrem teſtamento ſuo cavere, ne tutor, quem liberis ſuis dat, obnoxius ſit reddendis rationibus. Id enim fieret contra jus publicum, & pater de jure non ſibi, ſed pupillis ſuis competituro diſponeret, quod admittendum non eſt. *d. l. 5. §. Julianus. 7. ff. de adm. tut. D. Præſes Everhard. conſil. 211. n. 14.* Quod vero ibidem refert caſum, ubi à marito cautum, ne uxor & materis liberis ſuis rationes reddat aut reliqua reſtituat, eamque cautionem ait valere, id propriam rationem habet. Nam id cautum fuit pactis ante nuptialibus, quibus fructus omnes uxori usque ad certam ætatem liberorum donati proponebantur, quæ pacta poſtea conſerv[illegible] ſtante matrimonio teſtamento mariti confirmata ſunt, ut bene ibi oſtendit idem D. Præſes. [illegible] ſæpe imp[illegible] rioribus non obſtat, quod minor curatori ſuo legare aut per fideicommiſſum reli[illegible] cujusque perfecti [illegible] ex teſtamento jure ſpeciali le[illegible]
& remiſſionem reddendarum ra[illegible]

eum neceſſitatem. 18. *C. de fideicomm.* quia qui ita diſponit, de jure ſuo diſponit, non de alieno. Et quidem ſi filius patri tutori aut matri tutrici quondam ſuæ talem reddendarum rationum liberationem legaverit, pinguius id legatum eſt, quam ſi quis ita legaverit perſonæ extraneæ, cujus in curatione eſt, aut fuit. *l. Aurelius.* 28. §. *Titius teſtamento.* 3. *ff. de lib. legat. junct. l. Aurelio.* 20. §. 1. *ff. eod.* vide de hujusmodi liberatione à reddendis rationibus legata. *Covar. lib.* 2. *var. reſol. c.* 14. Igitur, ut evicimus, quando teſtator prohibet, ne is, quem liberis hæredibus ſuis tutorem dat, inventarium conficiat, tantum à ſolennis inventarii confectione repertorii privati, aut in totum ab onere reddendarum rationum, cum ne permiſſum quidem hoc patri ſit. Non eadem cauſa eit hæredis, cui teſtator interdicit, ne inventarium faciat, aut confectionem inventarii remittit: nam is nihilomagis defungi poteſt repertorio & deſcriptione privata: ſed non obſtante illa ſive interdictione ſive remiſſione, inventarium cum omni ſolennitate facere tenetur, niſi ſolidum creditoribus hæreditariis ſolvere paratus ſit. Ratio eſt, quia nemo quicquam in teſtamento cavere poteſt in præjudicium creditorum ſuorum. *Bart. in d. l. nemo poteſt. ff. de legat.* 1. Putarem autem poſſe teſtatorem hæredi cum pleno effectu remittere confectionem inventarii in præjudicium legatariorum & fideicommiſſariorum, qui non de damno vitando laborant, ut creditores, ſed de lucro certant: non enim par eademque ratio eſt debita ſibi amittere, & lucra non capere. *l. ult.* §. 2. *in fin. C. de codicill.* Et cum teſtator potuiſſet omnino non legare, quidni & modum legato ponere poſſit? *arg l.* 4. §. 2. *ff. de in lit. jur.* ſicut & ſatisdationem legari vel fideicommiſſi nomine remittere poteſt. *l. pen. C. ut in poſſ. leg.* quod eſt notatu dignum: & ita eſt in Adverſariis practicis Hogerbetii, vulgo *Papegaey boeck.*

C A P. XVII.

Utrum imperfecta parentum inter liberos diſpoſitio valeat jure teſtamenti, an vero tantum ut voluntas ultima inteſtati?

Diſpoſitiones teſtamentariæ bifariam imperfectæ dicuntur, uno modo ratione ſolennitatum, puta ſi pauciores, quam ſeptem teſtes intervenerint, aut ſi teſtes non ſignaverint ſubſcripſerintve, vel quid aliud, quod ad ſolennitatem ordinationis pertinet, omiſſum fuerit. *l. ſi unus.* 12. *hac conſultiſſima.* 21. *in fin. pr. &* §. 1. *C. de teſtam.* altero modo ratione voluntatis, veluti ſi cum plura ordinare teſtator vellet, morte interceptus, aut furore correptus ſit, aut obmutuerit ſive vox cum defecerit. *l. ſi is qui* 25. *ff. qui teſt. fac. l. furioſum.* 9 *C eod.* §. *pen. Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* Sive autem ob aliquem ſolennitatis ſive ob voluntatis defectum teſtamentum imperfectum ſit, conſtat tale teſtamentum inutile eſſe, ac ne jure quidem voluntates inteſtati defendi. Sed hoc ita obtinet jure communi. Jure autem ſingulari placuit parentum teſtamenta, licet imperfecta ſint, valere inter liberos. *l. hac conſultiſſima.* 21. §. 1. *& auth. ſeq. C. de teſtam.* Cujus ratio hæc eſt, quod in parentibus ceſſat omnis fraudis & inductionis ſuſpicio; atque ut illi ...e ſciunt, quid liberis eorumque ſingulis debeatur, ita etiam ex conjectura pietatis præſumi ...nt, bene prudenterque in ſingulorum perſona diſpoſuiſſe. Et quidem certi juris eſt, valere ...er liberos teſtamentum parentis, quod imperfectum eſt propter omiſſionem requiſitarum alias ...lennitatum. Sed quod imperfectum eſt ratione diſpoſitionis & voluntatis, ex communi Inter...um ſententia nec inter liberos valet. *Clarus.* §. *teſtamentum. quæſt.* 9. *poſt Bart. & alios in* & ... §. 1. *C. de teſtam. Gail. lib.* 2. *obſ.* 112. *n.* 14. quam ſententiam & Cujacius probat in *l. ſi* Faber. ut... *qui teſt. fac.* eo quod hic vitio aliquo hæredum interrumpitur inſtitutio, & *Fac. arg.* cillos. Altera ... *ff. de teſtam. mil.* Quod autem de cœpto teſtamento & nondum im... tutione etiam eo caſu, ... *famil. ercisc.* ad ſolennitates referunt: nempe ſi pater ſolemne teſta... mentum fecit, ubi coram ... ſus in principio ponitur, non aliter quam ab inteſtato ... mentum valeat etiam ... mentum

mentum condere voluerit & cœperit, licet ſolemnia poſtea adhibita non ſint, nihilominus voluntatem ſuſtineri. *Bart. in d. l. ſi is qui. Salic. in d. l. ult. poſt. Gloſſ. ibid.* Atque ita ipſe Conſtantinus verba ſua in *pr. d l. ult.* poſita poſtea interpretatur, *etiamſi*, inquiens, *ſolennitate legum hujusmodi diſpoſitio fuerit deſtituta.* Non eſt tamen ſine ratione, quod Coſtalius in *l. ſi filia.* 20. *§. ſi pater.* 3. *ff. fam. erciſc.* communem ſentiam ſic temperat, ut ſi pater omnia inter liberos diviſit, illa diviſio rata habenda ſit, quamvis forte de nonnullis aliis rebus loqui volens, aut quædam legare, morbo oppreſſus ſit. *arg. d. l. ſi filia.* § 3. Quod nec Diod. Tuldeno ad *Cod. de teſtament. num.* 3. diſplicet: ſed hoc in medio relinquimus. Extra controverſiam igitur poſitum eſt, teſtamentum parentum inter liberos valere, etſi in eo ſolennitates jure communi requiſitæ obſervatæ non fuerint. De eo autem non convenit, utrum talis parentum diſpoſitio valeat jure teſtamenti, an vero duntaxat ſuſtineatur, ut ultima voluntas inteſtati? Prius aſſerunt *Caſtrenſ. Alex. Iaſ. in d. l. hac conſultiſſima,* 21. *§.* 1. *C. de teſtament.* quos ſequitur *Gilken ibid. n.* 9. *Bachov. ad Treutl. diſput. de teſtament. theſ.* 6. *litt. H. & DD. comm.* poſterius *Ant. Fab. dec.* 55. *err.* 3. *Schifordig. lib.* 2. *tract.* 11. fere per tot. *Fachin.* 4. *contr.* 4. allegans Gloſſam in *d. l. hac conſultiſſima* §. 1. quæ tamen ibi nihil tale affirmat; ſed aperte contrarium tenet in *l. filii,* 16. *C. famil. erciſc.* Haud facile quid hic ſtatuendum ſit judicare poterimus, niſi prius conſtitutiones omnes, quæ circa hanc rem ſcriptæ, evolverimus. Sunt autem in hanc rem conſtitutiones complures. Prima eſt Diocletiani & Maximiani in *l. filii.* 16. *C. fam. erciſc.* ubi jubent Imperatores, etiamſi judicium patris tam circa teſtamentum, quam circa codicillos deficiat, ſi tamen quibuscunque verbis voluntas ejus declarata ſit, arbitrum familiæ eriſcundæ voluntatem patris ſequi, licet ei ab inteſtato ſuccedatur. Secunda eſt Conſtantini in *l. ult. C. eod. tit.* in eandem ſententiam. Sed Conſtantinus idem conſtituit, etiamſi liberi non ſint in poteſtate, ſed emancipati; & licet non verbis, ſed quibuscunque indiciis aut ſignis voluntatem ſuam pater declaraverit. Tertia eſt Theodoſii in *d. l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto.* 1. *C. de teſtam.* qui jus hoc ſingulare parentum auxit, & ad matrem quoque produxit, atque ad aſcendentes utriusque ſexus, *ἀνιόντας ἑκατέρας φύσεως*, ut hæc etiam à Juſtiniano memorantur in *præfat. Nov.* 107. Quarta eſt Juſtin. in *Nov.* 18. *c.* 7. unde *auth. ſi modo. C. fam. erciſc.* quæ pertinet ad diviſionem factam per ſcripturam extra teſtamentum & codicillos, pura per epiſtolam: cui ſcripturæ, ut rata ac firma ſit, Imperator vult ſubjici vel ipſius parentis, vel liberorum omnium, inter quos partitio fit, ſubſcriptionem. Quinta & ultima eſt ejusdem Principis in *Nov.* 107. *c.* 1. *&* 2. unde ſumptæ ſunt duæ authenticæ, quæ ab Irnerio Codici inſertæ ſunt in *d. l. hac conſultiſſima. auth. quod ſine. & auth. hoc inter.* ubi certam formam hujusmodi parentum ſcriptis diſpoſitionibus Juſtinianus præſcribit, & priores Conſtantini & Theodoſii conſtitutiones uno atque altero caſu corrigit. Primum cavet, ne qualiscunque ſcripta diſpoſitio inter liberos valeat, ſed ea duntaxat, quæ ſit *ὁλογράμματος* ſcripta plenis literis, ſine ſignis aut abbreviaturis, & ſcripta aut ſubſcripta à parente, denique quæ exprimat tempus, nomina liberorum, & uncias, ex quibus hæredes inſtituuntur. Deinde quod ad extraneos attinet, quos Conſtantinus & Theodoſius plane excluſerant, iis legata & fideicommiſſa relinqui permittit: quo tamen caſu noluit ſufficere ſcripturam, niſi teſtes intervenerint. *d. c.* [illegible] *verſ. ſi tamen uxori.* Quod ab Irnerio omiſſum in *d. auth. quod ſine.* Jam ut ad quæſtionem propoſitam te[illegible]vertamur, puto eos recte ſentire, qui imperfectam inter liberos parentum diſpoſitionem valere exiſtimant jure teſtamenti, non autem tantum, ut voluntatem inteſtati: utique ſi ponamus in tali diſpoſitione liberos etiam hæredes inſtitutos eſſe, quia ſine hæredis inſtitutione teſtamentum intelligi n[illegible] poteſt. *arg. d. l. hac conſultiſſima.* 21. *§.* 1. *C. de teſt. & d. Nov.* 107. *c.* 1. ubi talis parentum [illegible]poſitio, teſtamentum, *διατύπωσις, διαθήκη*, & parentes ita diſponentes *διατιθέμενοι*, teſtator[illegible] appellantur, atque in eo teſtamento hæredes recte inſtituuntur. Omnis autem ſcriptura, qua hære[illegible] recte inſtituitur, teſtamentum eſt. Nec obſtat, quod dicatur teſtamentum imperfectum, nam & [illegible]ſtamentum militis imperfectum dicitur. *l.* 2. *ff. de injuſto rupt. teſt.* ex quo tamen æque a[illegible] & perfecto & ſolenni ſucceditur. Teſtamentum autem imperfectum factum à parente inter [illegible] ipſum non minus ex privilegio valet, quam militum. Sed & ruſticanorum teſtamen[illegible] [illegible]pe imperfecta ſunt ratione numeri teſtium & ſubſcriptionis quæ tamen ex privilegio [illegible] perfecti teſtamenti habent. *l.* [illegible] *C. de teſt.* Quæ omn[illegible] jure ſpeciali legibus

bus ſolennitatum ſoluto ſuccedi, quod imperfectum dicatur comparatum cum teſtamento ſolenni. Hoc idem & ex eo evincitur, quod in tali teſtamento & liberis prælegata, & ex conſtitutione Juſtiniani extraneis non modo fideicommiſſa, verum & legata relinqui poſſunt. *d. auth. quod ſine.* quæ tamen non niſi ex teſtamento valent. §. *præterea Inſt. de fideic. hæred.* Fortiſſimum autem hujus rei argumentum eſt, quod hujusmodi teſtamentum parentis non rumpatur, niſi alio teſtamento omnibus modis perfecto: imo niſi & poſterius perfectum fuerit, & parens ſimul teſtatus ſit ſe prius revocare. *d. auth. hoc inter.* de quo vid. *Clar. d.* §. *quæſt.* 98. *Graſſ.* §. *teſtam. qu.* 86. *Boer. dec.* 140. *Coren. deciſ.* 39. *ſuprem. Cur. Holland.* Denique quod nimis abſurdum eſt, alias ſequeretur patrem jure privilegiario non niſi codicillos inter liberos facere poſſe. Cæterum multa huic ſententiæ obſtare videntur. Primum, quod ex ratione juris non videatur poſſe pro teſtamento haberi illa diſpoſitio, quæ teſtium adminiculo non indiget: at ſola ſcriptura, quam patris eſſe conſtat, etiam ſine ullo teſte hic ſufficit ex communi & vera opinione. *Gail.* 2. *obſ.* 112. Sed hoc leve eſt: nam teſtamentum non ex eo dicitur, quod coram teſtibus fiat, ſed quod ſit mentis & voluntatis noſtræ ultima teſtatio. Exploſione profecto dignus eſſet, qui ſic argumentaretur Non eſt neceſſe, ut in teſtamento militis per ſcripturam teſtantis ulli teſtes adhibeantur: ergo talis diſpoſitio militis non videtur eſſe teſtamentum. Secundo objicit Ant. Faber, quod in hujusmodi imperfecto teſtamento non poſſunt liberi exheredari. Sed nusquam hoc ſcriptum eſt, & communis opinio eſt in contrarium, teſte Claro *d.* §. *teſtamentum quæſt.* 13. Demus tamen eſſe verum, non poſſe ſcilicet liberos in tali teſtamento exheredari, quod & Curia Hollandiæ non ita pridem judicaſſe dicitur, quid tum poſtea? in exheredatione apud nos requiritur, ut teſtes ſint Scabini, an ideo diſpoſitiones, quæ vulgo fiunt apud Notarium coram duobus aut tribus teſtibus non Scabinis, non valebunt ut teſtamenta? Tertio huic ſententiæ objicitur *l. hac conſultiſſima.* 21. §. *ſi quis autem.* 3. *C. de teſtament.* ubi ſi cum in priore teſtamento perfecto ſcripſit ſuos extraneis, in poſteriore autem imperfecto, qui ab inteſtato venire poſſunt, dummodo non minus quam quinque teſtes intervenerint, placet quidem infirmato priore teſtamento poſteriorem hanc ſcripturam valere, non tamen tanquam teſtamentum, ſed tantum tanquam ultimam voluntatem inteſtati. Reſpondemus nullam ex hoc loco ad parentes, quorum jus longe plenius eſt, quam agnatorum, illationem fieri poſſe. Imo ex contrario, cum in caſu *d.* §. *ſi quis autem.* Theodoſius expreſſe ſanciat, ut poſterior imperfecta ſcriptura non quaſi teſtamentum, ſed tantum quaſi voluntas ultima inteſtati valeat, recte colligas, voluiſſe eum imperfectam parentum voluntatem, de qua agit in *d. l.* 21. §. 1. valere quaſi teſtamentum, quoniam eam valere & tenere vult abſolute & ſimpliciter. Poſtremo objiciuntur conſtitutiones duæ. Prima eſt Diocletiani & Maximiani in *l. filii.* 16. *C. famil. erciſc.* cujus hæc eſt ſententia: Si pater neque teſtamentum fecit, neque codicillos, aut fecit quidem, ſed in iis judicium ſuum circa rerum diviſionem deficiat: ſi tamen quibuscunque verbis voluntatem ſuam declaravit, quoad bonorum inter liberos diviſionem, hanc patris voluntatem, licet ab inteſtato ei ſuccedatur, Judicem familiæ erciſcundæ ſequi oportere. Sic enim verba, *ſi tam circa teſtamentum, quam codicillos judicium ejus deficiat*, accipienda ſunt, non ut cum gloſſa & plerisque aliis ea accipit Gothofredus, quaſi ſcriptum eſſet, ſi ſolennitates in teſtamento aut codicillis requiſitas pater non obſervavit. Nam codicilli nullam ſolennitatem deſiderant *l.* 6. §. 1. *ff. de jur. codicill.* §. *ult. Inſtit. eodem.* & demum longe poſt tempora Diocletiani aliqua deſiderari cœpit à Theodoſio. *l. ult.* §. *ult C. eod.* nec tam voluntas aut judicium, deficiente aliqua ſolennitate, quam jus deficit. Nempe igitur agunt illic Imperatores de diviſione hereditatis obventuræ inter liberos facta à parente inteſtato, vel extra teſtamentum, quod ſæpe & convenienter juris auctoritati fieri ſolebat. *l. ſi filia* 20. §. *ſi pater.* 3. *ff. fam. erciſc. l. parentibus.* 8. *C. de inoffic. teſtam.* ut nihil novi illic ab Imperatoribus inducatur: quod etiam poſtrema conſtitutionis verba oſtendunt, dum ajunt hoc ipſum, quod conſtituunt, etiam juris auctoritate ſignificari, optime Gudelinus *lib* 2. *de jur. nov. c.* 4 *circa fin.* Nil igitur eſt in ea conſtitutione, quod noſtræ & [illegible] ſententiæ obſtet; non illa verba, *licet ab inteſtato ei fuerit ſucceſſum*, quæ Fachinæus & Ant. Faber. ut[illegible]t. Tunc enim patri ab inteſtato ſucceditur, cum teſtamentum non fecit, licet fecerit codicillos. Altera [illegible]rio, quæ objicitur, eſt illa Conſtantini in *l. ult. C. fam. erciſc.* ex qua conſtitutione etiam eo caſu, [illegible] inter liberos teſtatus eſt, ſed diſpoſitione imperfecta, qui caſus in principio ponitur, non aliter quam ab inteſtato [illegible] mentum fecit. ubi coram [illegible] arg. verb. *licet ab inteſtato ad* [illegible] valeat etiam [illegible] *ſucceſſi-*

ſucceſſionem liberi vocentur. & quia hic etiam paterna illa diſpoſitio non vi propria, ſed externa, nempe officio arbitri familiæ erciſcundæ ſuſtinetur. Reſpondent plerique cum Accurſio, verba illa, *licet ab inteſtato &c.* referenda eſſe ad caſum, quo pater aut codicillos tantum fecit, aut per epiſtolam, vel quibuscunque verbis indiciisve voluntatem ſuam ſignificavit. Et quidem eo commode referri poſſent, ſi ipſo jure aut vi paternæ diſpoſitionis voluntas patris effectum ſortiretur: ſed quia non niſi ope Judicis familiæ erciſcundæ voluntas patris exitum habere poteſt, quod eſt argumentum eam voluntatem non valere ipſo jure. *l. 2. C. de inoffic. donat.* melius eſt, ut dicamus jus parentum pro ſolenni tempore auctum eſſe primum conſtitutione Theodoſii *d. l hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. C. de teſtam.* deinde & quidem maxime, conſtitutione Juſtiniani *Nov.* 107. *c.* 1. quibus diſerte cavetur, ut voluntas parentum liberos ſuos imperfecto teſtamento inſtituentium teneat, ac rata ſit ſimpliciter, ac proinde ipſo jure ſine ullo adminiculo externo. Ex his, ut opinor, occurri poterit & cæteris, quæ forte huic ſententiæ ab aliis objiciuntur.

CAP. XVIII.

An verbis nuncupata parentum imperfecta diſpoſitio inter liberos ex privilegio valeat?

NOn ignobilis quæſtio eſt, an ut ſcripta, ita etiam nuncupata parentum imperfecta voluntas, coram duobus vel tribus teſtibus, aut paucioribus utique, quam ſeptem, jure ſingulari valeat & tenere debeat? Negat id Martinus antiquus gloſſator, cujus ſententiam ex veteribus ſecuti Fulgoſius & Salicetus in *auth. quod ſine. C. de teſtam.* Cæteri vero Interpretes tam veteres, quam recentiores in contrarium iverunt, uno fere Antonio Fabro excepto, qui Martini cauſam à cæteris, quos ille pragmaticos nomine minus honorifico, appellat, deſertam rurſus ſuſcepit, atque acriter ſpecioſis argumentis defendit *dec.* 35. *err.* 4. *& dec.* 36. *err.* 9. Sed videamus, an tam abſona, ut Faber putat, à ratione juris conſtituri, omnique legum auctoritate deſtituta ſit illa Interpretum communis ſententia, affirmantium etiam nuncupativam, licet imperfectam, parentum inter liberos diſpoſitionem ſubſiſtere. Unum autem in effectu argumentum eſt, quo Faber hanc ſententiam oppugnat, nempe quod, ut ille ait, leges omnes & conſtitutiones, quæ circa parentum diſpoſitiones non ſolennes promulgatæ ſunt, tantum loquantur de ſcriptis parentum voluntatibus. *l. ult. C. fam. erciſc. l. hac conſultiſſima.* 21. *§. ex imperfecto. C. de teſtam. Nov.* 107. *c.* 1. unde ſumpta *auth. quod ſine. C. d. tit.* Quod attinet ad illam novellam Juſtiniani conſtitutionem, fateor verum eſſe quod dicit: neque enim forma, quæ illic præſcribitur, convenit voluntati ἀγράφῳ, ſed cur de non alia quam ſcripta parentum voluntate ibi agat Juſtinianus, poſtea intelligetur. Sed & forte etiam Theodoſius in *d. §. ex imperfecto.* per teſtamentum imperfectum non aliud intellexit, quam quod per ſcripturam factum eſt, quoniam non de aliis, quam de ſcriptis teſtamentis in principio conſtitutionis locutus fuit, quanquam hujusmodi collectiones, præſertim in reſcriptis Principum non ſunt neceſſariæ: atque ut id, quod dicitur in *d. §. ex imperfecto.* aliorum teſtamenta imperfecta non tenere, generaliter verum eſt, ſive ſcripta ſint ſive nuncupativa, ita etiam generaliter accipi poteſt & debet; ſic ex contrario, quod dicitur imperfecta parentum teſtamenta valere inter liberos, etiam generaliter, & ſine exceptione intelligi poteſt. Et forte ideo Theodoſius poſtea cum de teſtamentis nuncupativis tractat, nullam ſubjicit exceptionem. Sed neque ex *l. ult. C. fam. erciſc.* quæ Conſtantini eſt, conſtans & firmum argumentum pro Martini ſententia deduci poteſt. Etenim ex eo, quod Conſtantinus meminit epiſtolæ & cujuscunque ſcripturæ, minime ſequitur voluntatem parentum ſine ſcriptura verbis apud teſtes declaratam ratam non eſſe. Prius enim & teſtamenti meminit & codicillorum, quæ utique & ſine ſcriptura fieri tamen poſſunt. Neque illa Conſtantini verba *ſive quocunque alio modo ſcriptum* [illegible] quæ tamen [illegible] cotum antecedens, ſed proximum duntaxat, [illegible] illa *ceſſ.* Quæ omn[illegible] *parentis, &c.* ut hic ſit ſenſus, ſive non teſtamentum aut codicilli,

codicilli, ſed tantum epiſtola parentis relicta inveniatur, ſive quodlibet aliud ſcriptum, quo vel verbis, vel quibuſcunque indiciis voluntas parentis ſignificetur. Et utique non eſt veriſimile eum, qui vult ſubſiſtere voluntatem patris quocunque ſcripto & quibuſcunque indiciis declaratam, nolle ſervari voluntatem patris verbis coram teſtibus nuncupatam, licet paucioribus quam ſeptem; & qui etiam ænigmata & tales conjecturas admittat, ὡς ἐμάντεων μᾶλλον, ἢ ἑρμηνέων ταῦτα προσδεῖσθαι, ut Juſtinianus loquitur in *d. præfat.* eum manifeſta velle rejicere. Poſtquam ſatis ſibi probaſſe viſus eſt Antonius Faber, ex ſolo teſtamento imperfecto, quod per ſcripturam a parente factum eſt, voluntatem inter liberos cuſtodiri, non autem ex eo, quod factum eſt per nuncupationem hujus diverſi juris etiam rationem afferendam putavit: & nempe hanc attulit, ut omnis falſi comminiſcendi ratio præripiatur: multa enim eſſe in jure noſtro, quorum probatio per ſcripturam permiſſa, per teſtes prohibita, quaſi ſemper minus ſuſpecta ſit probatio, quæ fit per qualemcunque ſcripturam, quam quæ per teſtes, licet omni exceptione majores: quod minime ei concedendum eſt, per *l. in exercendis.* 15. *C. de fid. inſtrum.* & conſtat quam fallax ſit probatio per comparationem literarum, *l. comparationes* 20. *C. eod.* quam facilis alienæ manus imitatio, & maxime ſi ſcriptor uſus ſit notis quibuſdam aut ſignis, qualis tamen parentum ſcriptura ex lege Conſtantini inter liberos rata eſt.

Denique ſi vera eſt illa Antonii Fabri ratio, cur æque in teſtamento ſcripto teſtes jure communi requiruntur, & non pauciores, quam in nuncupativo? Verum quidem eſt, nullorum magis intereſſe, quam ipſorum parentum, ne falſum pro vero eorum judicio ſubjiciatur: ſed male inde colligit Faber, ex eo eſſe, quod ſcripto eorum judicio ἀμαρτύρῳ plus tribuatur, quam nuncupato coram teſtibus. Quin ex eo ipſo loco, quem Faber allegat, contrarium apparet, nempe ex *l. Divus* 24. *ff. de teſtam. milit.* ubi militibus non minus conceditur heredem nuncupare citra ſolennitatem, dummodo teſtes aliquot adhibeat, quam ſcribere nullo teſte adhibito, quamvis non aliorum magis, quam ipſorum quibus id privilegium datum eſt, intereſſe dicatur, ne quilibet militis ſermo pro vero ejus judicio capiatur. Unum præcipue eſt, quod hic nobis objici poſſit, nempe quod nullum adhuc locum protulimus, ubi expreſſe non minus qualiſcunque nuncupata parentum voluntas, quam ſcripta, inter liberos cuſtodiri jubetur. Ecce igitur tibi etiam textum in hanc rem expreſſum in *l. filii.* 16. *C. fam. erciſc.* ubi Diocletianus & Maximianus diſerte jubent judicem familiæ erciſcundæ voluntatem patris quibuſcunque verbis, etiam extra teſtamentum aut codicillos declaratam ſequi: ac proinde non modo ſcriptam, verum etiam lingua nuncupatam. Inſequentes autem Principes jus parentum non imminuerunt, ſed auxerunt, excepto eo, quod Juſtinianus voluit, cum per ſcripturam parentes teſtantur, voluntatem eorum ſcribi δι' ὅλων γραμμάτων, ut ipſe loquitur in *d.* *Nov.* 107. *c.* 1. οὐ τοῖς συμβόλοις τῶν ἀριθμῶν, quod Conſtantinus permiſerat. Atque hinc illud etiam apparet, eſſe in objectione Antonii Fabri inſufficientem partium ſeu legum enumerationem. Jam quod attinet *d. Nov.* 107. facile ex præfatione, qua utitur Juſtinianus, colligitur; eam ſolum accipiendam eſſe de parentibus, qui ſcripto inter liberos teſtari volunt. Nam diſerte illic profitetur, ſe in veteribus legibus, quæ ſunt de imperfecto parentum teſtamento, illud reprehendere, quod ſcripturas quaſvis admiſerint, etiam in quibus voluntas teſtatoris manifeſta non eſt, μὴ ἐν ὀργῆς καὶ ἀσαφὴς quæ tantum τεκμηρίοις conjecturis quibuſdam & indiciis nitatur, notans præcipue conſtitutionem illam Conſtantini in *d. l. ult. C. fam. erſciſc.* & talem ſcripturam διὰ τὸ ἀσαφὲς, propter incertum voluntatis improbans. Cum autem in ſcriptura ſolum hæc ἀσάφεια metuatur, ubi res notis ſcribi poſſunt, verba truncata eſſe, res partim a teſtatore ſcripta, partim ab alio, ad ſcripturam etiam ſolum conſtitutionem ſuam retulit Juſtinianus. In teſtamento vero nuncupativo nihil mutavit, cum nihil tale metuendum ſciret, ubi nullæ ſunt notæ, unus tantum loquitur, non duo, ubi non proferuntur verba dimidiata, ſed plena voluntas pronuntiatur. Hæc ſententia ut eſt communis, ita & certo jure ubique in praxi & foro recepta. vide *Clar.* §. *teſtamentum. quæſt.* 1. *Gloſſ. eod.* §. *quæſt.* 16. *Grot. lib.* 2. *introd. cap.* 17. *Sand. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 7. quod & ipſe Antonius Faber ultro fatetur.

CAP. XIX.

An teſtamentum juxta ſtatuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis ſolennitas?

TESTATOR ibi teſtamentum fecit, ubi coram duo[illegible] teſtibus & no[illegible]rio teſtari licet, ut in hac noſt[illegible] Batavia. Quæritur an tale teſtamentum valeat etia[illegible] [illegible]is locis, ubi major deſidera-

ſidera-

ſideratur ſolennitas, & verbi cauſa teſtes ſeptem, ut in Friſia, ubi ſequuntur jus civile Romanorum. Affirmant DD. *comm. in l. 1. C. de ſumm. Trinit. Vivius 1. opin. 36.* & ſecundum hanc ſententiam ſæpiſſime judicatum. *Guid. Pap. deciſ. 262. Teſſaur. 2. quæſt. for. 8. Mynſing. 5. obſerv. 19. & 20. Gail. 2. obſ. 123. Joann. à Sande lib. 4. rer. jud. tit. 1. defin. 14.* Sunt tamen, qui in contrarium eunt, & in quæſtione propoſita ſic diſtinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda ſit communis ſententia: at circa res ſoli ſpectandum jus ejus loci, in quo ſitæ ſunt, quippe res mobiles, quoniam ubicunque ſunt, ibi ſint ex voluntate domini, & pro lubitu ejus transferri poſſint, perſonam ſequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuusque ſitus eſt, regi ſecundum conſtitutiones loci cujusque poſſeſſionis. *arg. l. ult. ff. de jurisdict. l. ex ea. 9. ff. de poſtul. l. 4. Cod. de jur. fiſc.* ita *Manſuer. in ſua prax. tit. de ſucceſ. Nicol. Burgund. ad conſuet. Fland. tract. 6. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 3. & ſeqq. Buſ. ad l. 6. ff. de evict. Diod. Tuld. in breviar. ad Cod. tit. de teſtam. num. 5.* Mihi prior ſententia probabilior videtur, & errare poſteriorem ſequentes in eo, quod exiſtimant etiam eas teſtamentorum leges, quæ ad ſolennitatem ordinationis pertinent, afficere rem ipſam, de qua diſponitur: in quo aperte falluntur; cum utique multum interſit inter formam ſeu ritum diſponendi, & rem ipſam, quæ ſubjectum eſt diſpoſitionis, ſeu id, de quo fit diſpoſitio. Omnino enim in univerſum plurimum refert, utrum ſtatutum quid conſtituat circa actus alicujus ſolennitatem, an circa rem, puta fundum, locumve. Quæ ſtatuta in rem concipiuntur, rem ipſam haud dubie afficiunt, ut ubicunque ſit, ejus loci, ubi eſt, legibus obſtringatur. Qualia ſunt, quæ de ſucceſſionibus ab inteſtato diſponunt. *Scharff. cent. 1. conſil. 6. num. 1. & 2. Gail. 2. obſerv. 124. num. 4. & ſeqq.* Sic apud nos, licet quantum ad res mobiles ſervetur jus ſucceſſionis, quod obtinet in loco domicilii defuncti; in rebus tamen ſoli cuſtoditur jus ejus loci, ubi ſitæ ſunt. *Grot. lib. 2. introduct. 26. in fin.* Eodemque jure cenſenda ſunt & ſtatuta, quæ circa habilitatem perſonarum diſpenſando aliquid diſponunt. Ponamus legibus aut moribus alicujus regionis filiisfam. permiſſum eſſe de bonis maternis cæterisque adventitiis teſtamentum condere, ut in plerisque locis Belgii. *Leonin. lib. 6. emend. cap. 3. in fin. Perez. ad tit. Cod. qui teſtam. fac. num. 9.* Hoc teſtamentum non valebit iis in locis, ubi filiusfam. jus faciendi teſtamenti non habet, ſicut in Friſia, ubi etiam cum obtinet jus civile. *Sande dict. lib. 4. defin. 1. add. Gail. dict. lib. 2. obſ. 124. Gomez. ad l. 3. Tauri. n. 20.* Quibus autem ſtatutis aliquid cavetur, quod ad actus ſolennitatem duntaxat pertineat, cum ea neque rem afficiant, neque perſonam actum celebrantis, ſed formam ſolummodo actus, qui fit in loco ſtatuti aut conſuetudinis, rationi & juri magis conſentaneum eſt, ut ea vim ſuam exerant etiam ad bona alibi ſita: quoniam cum actuum ſolennia ad eorum ſpectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. ff. de evict. l. 3. in fin. ff. de teſtib. l. 2. Cod. quemadmod. teſt. aper. l. 9. l. ult. C. de teſt.* conſequens eſt, ut actus ſecundum jus & conſuetudinem loci recte & legitime perfectus ubique vigorem ſuum obtineat, & ejus juris, cui perſona teſtatoris ſubjecta eſt, potius ratio habeatur, quam loci bonorum, quæ illius ſunt acceſſio. Ac videtur teſtamentum in hoc ſapere naturam contractus. Utique hoc poſito, quod nemo negat, teſtamentum valere; rationis eſt, ut ex eo quoque univerſa bona heres conſequatur, cum titulus ex teſtamento ſit univerſalis & individuus. Et alias contra rationem juris teſtato decedere volenti plura teſtamenta eſſent condenda, cum [illegible] contrario teſtamentum unius tantum unum eſſe poſſit; aut quod abſurdum eſt, unum idemque teſtamentum diverſo ſolennitatum jure inſtruendum eſſet, actumque unum atque individuum, qualis eſt teſtamenti, ſecundum diverſorum locorum placita aut mores dijudicare oporteret. *Peck. de teſtam. conjug. lib. 4. cap. 28. in fin. Sande. defin. 14.* ubi etiam prudenter temperat novam diſtinctionem Fachinæi circa advenam in aliquo loco teſtantem ſecundum conſuetudinem illius loci. Ad ea, quæ objiciuntur, facilis reſponſio eſt. Quale eſt illud, quod cum ſtatuta ſint localia, ibi ceſſat jurisdictio ſtatuentium, ibi & ceſſare debeat ſtatuti diſpoſitio, juxta vulgatum illud, extra territorium jus dicens nihil agit. *l. ult. ff. de jurisdict.* Negamus enim eos, qui circa actus teſtamentarii ſolennitatem aliquid ſtatuunt, obſervandum in territorio ſuo, etiamſi ille actus ita celebratus alibi quo[illegible] valere debeat, dici poſſe propterea jus dixiſſe aut ſtatuiſſe extra territorium. Contractus & cæteros actus celebratos in loco ſtatuti ſecundum formam à ſtatuentibus præſcriptam, ubique [illegible] habere conſtat: nemo tamen eſt, qui ex eo colligit, tale ſtatutum egredi jurisdictionem [illegible] ſtatuentium: quia quod alibi quoque hujusmodi actus valeant, non niſi [illegible] quæ tamen [illegible] fit, non autem directo [illegible] Quæ om[illegible]

vi ipſius ſtatuti, quod tantum diſponit de eo quod ad juriſdictionem ſtatuentium pertinet. Et hoc eſt, quod Salicetus in *l. 1. Cod. de ſumm. Trinit.* ait, ſtatutum concernens ſolennia teſtamenti non diſponere de bonis principaliter, ſed tantum ſufflare ſpiritum in teſtamentum illud validando. Ex eo autem, quod à Papiniano in *l. 9. ff. de Poſtul.* reſponſum eſt, eum, qui prohibitus eſt, pro alio poſtulare ex cauſa, quæ infamiam non irrogat, in ea tantum provincia pro aliis poſtulare non poſſe in qua præſes fuit, qui ſententiam dixit, in alia vero poſſe, quid argumenti magis contra, quam pro communi ſententia elici poſſit, ego non video: ſicut nec ex eo, quod conſtituitur in *l. 4. Cod. de jur. fiſc.* ut prædia τῶν μετοίκων in fiſcum redigantur, quæ habebant prius quam demigrarent, nec ante ab eis diſtracta ſunt; niſi ſpecialiter id eis Princeps conceſſerit, ut ea ſibi poſſent retinere: ut tamen non arceantur à ſucceſſione parentum, quos in ea civitate, unde migrarunt, reliquerunt. Quid enim, quæſo, hæc ſpecies commune habet cum illa noſtra initio propoſita? Plane ſi lex expreſſe jubeat teſtatores ſequi ejus loci jus, in quo bona ſita ſunt, aliud dicendum eſt. Talis eſt conſtitutio Principum Brabantiæ emiſſa anno 1611. cujus meminerunt Chriſtinæus & Tuldenus *ubi ſupra. Perez. in Cod. de teſtam. num. 21.*

CAP. XX.

An liberis ſuis heredibus præteritis à patre totum teſtamentum ſit ipſo jure nullum etiam hodie poſt Novell. 115. *c.* 3?

INTERPRETES vulgo ex eo, quod *auth. ex cauſa. Cod. de lib. præter.* generaliter & indiſtincte ab Irnerio concepta eſt hoc modo: *Ex cauſa exheredationis vel præteritionis irritum eſt teſtamentum, quantum ad inſtitutiones: cætera namque firma permanent:* colligunt id jus quoque pertinere ad præteritionem paternam, ut quamvis tale teſtamentum ab initio nullum ſit etiam jure noviſſimo, tamen hoc jure duntaxat nullum eſſe, quoad inſtitutionem, non quoad cætera capita, puta legata, fideicommiſſa, &c. atque hactenus etiam in propoſito jus vetus relatum in *l. 1. l. filio præterito. 17. ff. de injuſt. rupt. teſtam.* mutatum eſſe. *Bart. in dict. auth. num. 3. Covarruv. in cap. Rainutius. ext. de teſtam. §. 6. num. 3. & ſeqq. Clar. §. teſtamentum. quæſt. 52. Graſſ. in dict. legatum. quæſt. 67. num. 2. Gail. 2. obſerv. 113. Fachin. 6. contr. 77. Bronch. cent. 3. aſſert. 29.* usque adeo, ut contendant irrito facto teſtamento, ſic enim loquuntur, ex cauſa præteritionis paternæ, legata & fideicommiſſa actione ex teſtamento peti poſſe, quaſi etiam tale teſtamentum jure noviſſimo valeat pro his, quæ in eo relicta ſunt. *Gail. dict. obſerv. 113. in fin. Donell. in dict. auth. ex cauſa. num. 12. Duar. ad tit. de injuſt. rupt. irrit. teſtam. cap. 2. Fachin. 4. contr. 10.* Sed quantum ego judicare poſſum, omnino male & perperam. Nam, ut hoc primum dicam non bene Irnerius *dict. auth. ex cauſa.* his verbis concepit: *Ex cauſa exheredationis aut præteritionis irritum eſt teſtamentum,* &c. cum dicere debuerit, teſtamentum irritum conſtituitur, aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quod Juſtinianus in tota illa ſua conſtitutione *Nov. 115. c. 3. & 4.* unde decerpta eſt *dict. auth. ex cauſa.* tantum agat de teſtamentis, quæ ipſo jure valent, & ex quibus adiri poteſt hereditas, ſed quæ poſtea propter iniquam exheredationem vel præteritionem judicio de inofficioſo reſcindi poſſunt; non de iis, quæ ab initio nulla ſunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat ἀκυροῦσθαι, irritum conſtitui, ἀνατρέπεσθαι ſubverti, reſcindi: quæ de iis tantum prædicantur, quæ ab initio conſtiterunt. Quippe irrita fieri aut rumpi ea demum dici poſſunt, quæ cum antea conſtarent, everſa ſunt. Privationem enim ſignificant: privatio autem, ut in ſcholis loquuntur, præſupponit habitum. Quæ autem nunquam conſtiterunt, ſive quæ ab initio non jure facta ſunt, irrita quidem eſſe recte dicimus, at non irrita conſtitui aut fieri: in quam rem à noſtris allegatur. *l. 5. ff. de injuſt. rupt. teſt. §. hoc autem 5. Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* Cum itaque Juſtinianus non dicat τῆς διαθήκης μηδεμίας οὔσης, teſtamento non ſubſiſtente, ſed τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, teſtamento infirmato, aut irrito reddito. *c. 3. in fin. d. Nov. 115.* ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, ſubverſo teſtamento, *in pr.* §. εἰ τὰς τοιαύτας. Non debuit Irnerius dicere ex cauſa exheredationis

aut

aut præteritionis irritum eſſe teſtamentum, ſed irritum conſtitui, aut reſcindi. Sed etſi verba conſtitutionis deficerent, multa tamen alia, quæ eadem conſtitutione caventur, verum eſſe arguunt, quod dicimus Juſtinianum de iis ſolummodo teſtamentis agere, quæ ipſo jure conſiſtunt, & ex quibus adiri poſſit hereditas. Quomodo enim aut quando ſcripti heredes, quod nominatim iis injungitur, exheredationis cauſam à teſtatore expreſſam probare poſſent, ſi ipſi non eſſent heredes, aut quomodo heredes eſſe poſſent ſine aditione, aut denique adire ex eo teſtamento, quod conſtet ipſo jure nullum eſſe? Utique non ante vel aliter teſtamentum pro everſo aut reſciſſo haberi vult Juſtinianus, quam ſi ſcripti heredes querentibus exheredatis excluſi ſint à probatione cauſæ ingratitudinis, ſive quod teſtator ipſe nullam allegaverit, ſive allegaverit aliquam, quam heredes probare non potuerunt. Evincit hoc idem & accurata illa cauſarum ingratitudinis in *dict. Nov. 115. cap. 3.* definitio. De his enim cauſis apud centumviros, in judicio querelæ inofficioſi ſolum inquirebatur: unde iterum liquet, non de aliis teſtamentis Juſtinianum agere, quam quæ inofficioſa argui, & per querelam everti poſſunt; & conſequenter non de aliis, quam quæ ipſo jure valent: quale non eſt teſtamentum patris, in quo liberi præteriti: hoc enim ab initio ipſo jure nullum & inutile eſt *l. 7. ff. de lib. & poſthum. l. 1. ff. de injuſt. rupt. teſt.* adeo, ut nec ex poſtfacto aut lapſu temporis unquam convaleſcat. *pr. Inſtit. de exher. lib. l. 7. ff. de lib. & poſthum. l. 1. ff. de injuſt. rupt. teſtam.* Denique quod pro parte tantum reſcinditur, neceſſe eſt in totum ab initio conſtitiſſe. Nihil igitur Juſtinianus circa præteritionem paternam novi juris introduxit: niſi quis dicat, quod quibusdam viſum eſt, Juſtinianum omnem præteritionem exequaſſe exheredationi, ſublato veteri diſcrimine præteritionis paternæ & maternæ. Sed hoc Juſtiniano propoſitum fuiſſe nequaquam credendum eſt. Cur enim, ſi hoc diſcrimen & jus vetus tollere voluit, id non expreſſit, uti fecit antequam cauſas ingratitudinis definiret, & ubique alibi facit? nec enim unquam ſolet Juſtinianus quicquam mutare ex jure antiquo ſine præfatione & commemoratione cauſæ, qua impulſus id faciat. Animadvertere illi debuerant Juſtinianum in *dict. Nov. 115. cap. 3.* non aliter loqui, quam in *pr. Inſt. de inoff. teſt.* aut quam Marcellus loquitur in *l. 3. ff. eod. tit.* Sancit enim non licere patri vel matri liberos ſuos exheredes facere aut præterire, niſi forſan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis ſubjectis attribuenda ſunt, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire, quemadmodum in *d. pr. & d. l. 3.* alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri conſtat. Liquet hoc ex eo, quod Juſtinianus in *dict. Nov. 115. cap. 5.* aperte profitetur hoc ſolum ſibi propoſitum eſſe, ut injuriam exheredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam vero injuria ea proprie eſt, quæ vel exheredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet. *l. Papinianus. 8. in pr. ff. de inoff. teſt. l. 4. verſ. quod ſi fuiſſet. circa med. Cod. de lib. præter.* Nam etſi à patre quoque præteritis injuria inferebatur, non inferebatur tamen cum effectu: quippe cum ex ea cauſa teſtamentum patris prorſus inutile & nullius momenti eſſet. Exheredatis autem à patre, aut etiam præteritis à matre cum effectu inferebatur injuria: quæ quanquam vindicabatur judicio de inofficioſo, tamen ſi legitima portio quocunque titulo liberis, quantumvis obſequentiſſimis, relicta fuerat, injuria illa manebat. *§. ſed hæc. 3. Inſt. de inoff teſtam.* cui rei occurrere voluit Juſtinianus, atque ea de cauſa conſtituit, ut non ſufficeret in poſterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam eſſe: ſed neceſſe eſſet, liberos vel heredes inſtitui, vel exheredari addito elogio. Cæterum quia illata per exheredationem aut præteritionem injuria ſatis tollitur reſciſſa inſtitutione heredis, ſufficere etiam ei viſum fuit inſtitutionem ſolam reſcindi ſalvis cæteris teſtamenti capitibus, cum olim querela omnia reſcinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua cauſa teſtamentum ab initio nullum eſt. Omnino enim explodendus eſt eorum error, qui putant filium etiam non rite à patre exheredatum, modo ei quocunque titulo legitima relicta eſſet, jure antiquo queri debuiſſe de inofficioſo, nec alio jure ad bona patris venire potuiſſe. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in poteſtate, teſtamentum ipſo jure nullius fuiſſe momenti? Nec vero eo minus pro præterito habebatur, aut nullum erat teſtamentum, quod quarta debitæ portionis aut etiam multo plius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus eſſet, nec ne, non ex legati datione, ſed ex inſtitutione aut exheredatione æſtimabatur, omneſque præteriti cenſebantur, qui neque heredes inſtituti erant, neque ut oportet exheredati, *§. eadem, 12. Inſt. de hered. quæ ab inteſt.* Quod

vero

vero Ulpianus *l.* 8. *§ ſi quis.* 6. *ff. de inoff. teſt.* ait ſecure eum teſtari, qui mortis cauſa quartam donavit, non ſic accipiendum eſt, poſſe patrem iſto caſu filium præterire, ſed poſſe ſecure exheredare hoc effectu, ut & teſtamentum jure conſiſtat, nec per querelam reſcindatur. Sed neque pertinet *dict. Nov.* 115 *cap.* 3. ad ea teſtamenta, in quibus liberi poſthumi aut emancipati à patre præteriti ſunt, quamvis illa jure ſubſiſtant: nam iſtorum nativitate teſtamentum rumpitur ipſo jure & in totum infirmatur; his præteritis per contra tabulas bonorum poſſeſſionem evertitur. *§.* 1. *& §. emancipatos.* 3. *Inſt. de exher. lib.* ut proinde nec hic querelæ, de qua una in *dict. Nov.* agitur, ſit locus: quippe quæ non datur, ubi alio jure ad hereditatem parentum liberi venire poſſunt. *§.* 2. *Inſt. de inoff. teſtam.* Nec quicquam ex hoc jure expreſſe mutatum reperitur. Quamobrem cum, ut ſatis abundeque demonſtravimus, tota ſanctio Juſtiniani in *dict. Nov.* 115. *cap.* 3. ſpectet liberos, quibus ab hereditate patris excluſis nec civili nec prætorio jure ullum remedium competit, ſed tantum una querela inofficioſi teſtamenti; ex cauſa autem præteritionis paternæ teſtamentum vel ipſo jure nullum ſit, vel rumpatur agnatione ſui heredis, aut data bonorum poſſeſſione contra tabulas evertatur, in univerſum dicendum eſt, non ad alios liberos eam Juſtiniani conſtitutionem pertinere, quam qui legitime à patre ſunt exheredati: nec poteſt ea produci ad præteritionem paternam ſine inſigni liberorum, quibus conſulere voluit Juſtinianus, læſione. Matris autem præteritio pro exheredatione ſemper reputata fuit. Ac proinde liberi à matre præteriti neque civili jure, neque prætorio teſtamentum turbare poſſunt, non magis, quam à patre exheredati: ſed his unicum tantum adminiculum ſupereſt, videlicet querela inofficioſi teſtamenti. *§. ult. Inſt. de exher. lib. l.* 8. *pr. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Hanc ſententiam Azoni & pleriſque veterum probatam fuiſſe teſtantur *Bart. & Jaſ. in d. auth. ex cauſa*, quos ſecuti *Cujac. in l. filio.* 17. *ff. de injuſt. rupt. teſt. Govean in l.* 1. *ff. de vulg. & pup. Ant. Fab. lib.* 9. *conject.* 14. *& dec.* 20 *err.* 4. *Gilken. in dict auth. num.* 1. *& ſeqq.*

Sunt, qui intereſſe exiſtimant, utrum præteritio facta ſit à patre ignorante ſibi liberos ſupereſſe, an à ſciente: illo caſu totum teſtamentum irritum eſſe, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris: hoc autem ſive poſteriore caſu legata & fideicommiſſa ſalva manere. quæ ſententia præjudiciis curiarum ſupremæ jurisdictionis robur accepit. *Ant. Fab. Cod. ſuo for. de lib. & poſthum. defin.* 1. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 9. & probatur Diod. Tuldeno in *comment. Inſt de inoff. teſt. cap.* 1. In hiſce autem regionibus paſſim neceſſitatem exheredandorum liberorum, ſi heredes non inſtituantur, non agnoſcimus, utpote quæ ſuorum tantum heredum propria eſt; quales heredes nos non habemus: ſed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exheredatione habetur, exemplo militarium teſtamentorum. *§. ſed ſi* 6. *Inſt. de exher liber.* Intelligo ut ipſo jure valeat teſtamentum, non quin tanquam inofficioſum reſcindi poſſit, & res ad cauſam inteſtati pronuntiatione judicis redigi. Nam querelam modis omnibus etiam nos retinemus, ſi inique & contra officium pietatis exheredatio aut præteritio facta proponatur. *Gudelin. lib.* 2. *de jur. noviſſ. c.* 5. *Grot. lib.* 2. *introd. c.* 18. *Chrin. vol.* 4. *deciſ.* 20. *n.* 8. *Groenevv. tract. de legib. abrog. ad tit. Inſt. de exher. lib in pr.*

CAP. XXI.

Utrum ſi exheredatio facta ſit ſine elogio, teſtamentum ex Nov. 115. *nullum ſit, an jure adhuc ſubſiſtat, & ad illud reſcindendum querela ſit opus?*

ELEGANS quæſtio eſt, utrum ſi exheredatio facta ſit omiſſo elogio, id eſt, ſine expreſſione cauſæ ingratitudinis, teſtamentum ex conſtitutione Juſtiniani *Novell.* 115. *cap.* 3. *&* 4. nullum ſit ipſo jure, an jure adhuc ſubſiſtat, & ad illud reſcindendum querela etiamnum ſit opus. In hac quæſtione numero vincunt, qui ad validitatem teſtamenti negant ſufficere exheredationem ſimplicem ſeu factam ſine cauſæ inſertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam. Quod ſi verum eſt, nullus uſus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo caſu, cum exheredationi aut

præteritioni additum eſt elogium: quæ ſententia fuit Joannis, relata à Gloſſa in *l. 5. ff. de inoff. teſt.* probata plerisque interpretibus in *auth. ex cauſa. Cod. de lib. præt. Clar.* §. *teſtamentum. quaſt.* 40. *Gomez.* 1. *reſol.* 11. *Covar. in cap. Rainutius. p.* 1. *num.* 7. *cap.* 16. *Weſenb. par. de inoff. teſt. n.* 7. & late defenſa à *Bach. ad pr. Inſt. eod. tit.* Cæterum, ut plurimis hæc ſententia placeat, non deſunt tamen, qui eam taxent, ut conſtitutioni Juſtiniani minime conſentaneam: & ſane, ut mihi videtur, non immerito. Nam qui diligenter eam conſtitutionem evolvet, comperiet ex tenore Imperatorem non agere de iis rebus, quæ ad internam teſtamenti ſolemnitatem ritumve exheredationis pertinent; ſed tantum de cauſis, ob quas facta exheredatio, juſte vel injuſte facta intelligatur. At injuſtitia exheredationis non vitiat teſtamentum ipſo jure. Quamobrem nos contra ſic ſtatuimus, etiam poſt *dict. Nov.* 115. dummodo liberi, quicunque erunt, rite ſint exheredati ſecundum formam juris prioris, ſcilicet nominatim, pure, ſimpliciter, quamvis aut nulla ſit cauſa exheredationis, aut non ſit adſcripta, jus antiquum manere, & querelam ſolam exheredatis dari, etiam poſthumis & infantibus. Vide enim, quæſo, quæ ſuperiori ſententiæ ſint conſequentia. Efficitur ex ea, ut teſtamentum nullum ſit etiamſi præteriti ſint liberi emancipati; etiamſi præteriti ſint ſine elogio, qui nunquam in poteſtate fuerint; ut poſthumi exheredati nativitate rumpatur ipſo jure teſtamentum; ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exheredatio nullius momenti ſit; denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis ſui heredes fiant. Atque ita deletur bonorum poſſeſſio contra tabulas: deletur §. *emancipatos.* 3. *item* §. *ſed hæc quidem.* 5. *&* §. *ult Inſt. de exher. liber.* Delentur ferme in totum *tit. ff. C. & Inſt. de inoff. teſtam.* Quis vero credat tot capita juris veteris à Juſtiniano tacite abrogata, qui nunquam ſolet quicquam de jure veteri mutare, niſi cum expreſſa mentione ejus juris, quod abrogare conſtituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *dict. Nov.* 115. *c.* 3. circa fin. & *cap.* 4. §. *ſi tales.* 9. ubi cum juſſiſſet Imperator, ſi exheredatio aut præteritio facta eſſet cum elogio, idque elogium probaſſent ſcripti heredes, firmum manere teſtamentum, ſive, ut ipſe loquitur ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύι διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχύν, ſubjicit, ſi hoc obſervatum non fuerit, teſtamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέπεσθαι quæ de iis tantum prædicari ſolent, quæ ab initio conſtiterunt. Quo vero remedio evertetur? Non alio haud dubie, querela inofficioſi, quæ una exheredatis, aut præteritis ea præteritione, quæ vim exheredationis habet, ſupererat. Arguit hoc diligens illa cauſarum ingratitudinis, de quibus in judicio querelæ agitur, enumeratio & definitio, quæ cauſam novæ conſtitutioni dedit. Adhæc, ſi dicimus liberis omnibus ſine elogio exheredatis aut præteritis teſtamentum poteſtate d. conſtitutionis nullum eſſe, non liberis tantum conſulimus, ſed extraneis etiam defuncti heredibus legitimis: quippe ad quos tum liberis repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hereditatem adierint, mortuis, hereditas defuncti ab inteſtato perventura ſit excluſis ſcriptis heredibus, qui alioqui ex teſtamento iisdem rebus intervenientibus venturi eſſent. Juſtinianus autem liberis duntaxat proſpectum voluit, ne his noceret exheredatio, non conſulere aliis contra ſcriptos teſtamento heredes. Poſtremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propoſitum tollere inofficioſi querelam, ſed proniorem atque expeditiorem ei viam facere, unique potiſſimum rei afferre remedium, ne ſcilicet liberi exheredati aut præteriti ob difficultatem probandi ſe ſemper officioſos fuiſſe, parentum hereditate excluderent. Cum ergo duplicem effectum jure veteri exheredatio habeat, unum hunc, ut abſolvat teſtamenti ſolennitatem, ut ne nullum ſit ob præteritionem, ad quod ſufficit rite factam eſſe quamvis injuſta ſit: alterum, ut exheredatum ſummoveat ab hereditate, ad quod inſuper exigitur, ut facta ſit juſtis de cauſis: poſteriorem tantum effectum reſtringere voluit Juſtinianus, priore in ſuo ſtatu relicto. Sive igitur nulla cauſa à teſtatore expreſſa ſit, ſive aliqua, quæ tamen non ſit ex iis, quæ *d. Nov.* 115. *cap.* 3. continentur, aut ex iis quidem ſed in cujus probatione heres deficiat, utiliter & cum effectu exheredatus de inofficioſo hodieque aget & poſtulabit, ut teſtamentum reſcindatur, resque redigatur ad cauſam inteſtati: neque alio remedio ad bona defuncti parentis venire poterit. Idemque erit, ſi liberi præteriti ſint ab iis parentibus, quorum præteritio pro exheredatione eſt, ut matris & avi materni, licet cauſa adjecta non ſit. Falſum enim eſt quod plerique pro vero nobis obtrudunt præteritionem maternam pro exheredatione amplius non haberi, ſed ex hac cauſa non minus nullum eſſe teſtamen-

tum,

tum, quam ſi pater præteriiſſet, niſi præteritione additum ſit elogium: quippe qui contra rationem juris neceſſitatem exheredandi illic introducunt, ubi non eſt ſuitas. *l.* 11. *ff. de lib. & poſthum. l.* 4. §. 2. *de bon. poſſ. cont. tab.* Proinde nihil quoque intereſt parentes à liberis exheredati ſint, an præteriti: nam hæc in linea adſcendentium nihil differunt. Ita concludimus cum *Fulgoſ. & Don. in d. auth. ex cauſa. Duar. cap.* 3. *ad tit. de inoff. teſt. Vigl. ad rubr. Inſt. eod. Cujac. ad Nov.* 18. *Vaſq. lib.* 2. *de ſucc. creat.* §. 20. *num.* 162. *& ſeqq. Fachin.* 4. *controv.* 9. *Gudelin. lib.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 4. *Perez. in Cod. tit. de lib. præt. num.* 13.

Argumenta diſſentientium non ſunt talia, quin his facile ex iis quæ jam dicta ſunt, occurri poſſit. Primum eſt, quod exheredatio non rite facta pro præteritione habetur. *l.* 8. §. 2. *ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Eſto, ſed falſum eſt, quod aſſumunt, exheredationem ſine elogio factam rite factam non eſſe, petuntque hic ſibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ ſupponentes in exheredatione omiſſo elogio facta leges & ritum exheredationis obſervata non eſſe: quod eſt πρῶτον ψεῦδος. Nam, ut ſupra demonſtravimus, in tota illa *Nov.* 115. *cap.* 3. *&* 4. nihil cavetur de alia ſolennitate aut de alio ritu in exheredatione obſervando, quam qui prioribus legibus præſcriptus fuit, nempe ut pure, ut nominatim, ut à tota hereditate & ab omnibus gradibus liberi exheredentur. *l.* 3. §. 1. *& ſeqq. l. cum quidem.* 19. *ff. de lib. & poſthum. l. ſed ſub.* 18. *ff. de bon. poſſ. cont. tab.* §. *ſed hæc.* 5. *Inſt. de exher. lib.* ſed tantum proclivior via ſternitur ad querelam inofficioſi teſtamenti, ubi exheredatio rite quidem facta eſt, ſed injuriam habere videtur. Non obſtat, quod Juſtinianus expreſſe jubet cauſam ingratitudinis teſtamento inſeri: nam idem, ſi inſerta non ſit, non vult teſtamentum ipſo jure nullum eſſe, ſed vult illud reſcindi, & quidem non in totum, ſed pro parte duntaxat, quoad inſtitutionem ſcilicet heredis; cætera autem capitula ſalva manere. Itaque fruſtra hic objicitur vulgatum illud: quod contra legem fit, ipſo jure nullum eſt. *l.* 5. *Cod. de legib.* Nam illa regula non procedit, quando lex id, quod fieri vetat, valere aliquo modo & ſubſiſtere patitur ſuppeditato remedio, quo quod factum eſt, reſcindatur aut vis ejus infringatur, quod hic fecit Juſtinianus: de quo nos fuſius *lib.* 1. *quæſt.* 1. Non majoris ponderis eſt & hoc argumentum, quod tamen Bachovio palmarium videtur, nempe legitimam liberis & parentibus relinquendam eſſe titulo inſtitutionis. Ex eo enim minime ſequitur, ſi non ſit relicta tali titulo, teſtamentum ipſo jure nullum eſſe. Sed hæc collectio bona eſt; ut teſtamentum maneat ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ, & ab omni oppugnatione tutum ſit, voluit Juſtinianus bonos liberos & parentes honorari titulo heredis; ergo ſi tali titulo honorati non ſunt, teſtamentum non manet firmum, ſed oppugnari & expugnari poteſt. At, inquiunt, exheredati ſine elogio non poſſunt cauſa cadere: fruſtra autem datur actio, in qua non poteſt actor ſuccumbere. Mira ratio. Ergo fruſtra eſt, quod actio de inofficioſo datur poſthumis exheredatis. §. 2. *Inſt. de inoff. teſtam.* item liberis omnibus exheredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint; quia non poſſunt non vincere. *l. omnimodo.* 30. *Cod. eod. tit.* Conſiderare debuerant non fruſtra eſſe, quod leges teſtamentum ſubſiſtere volunt, ut ſaltem iis caſibus quos modo memoravi, incidentibus, voluntas defuncti conſervetur & exitum habeat.

CAP. XXII.

An jus accreſcendi in hæreditatibus cum aliquo effectu à teſtatore prohiberi queat?

QUANDO unus tantum heres ſcriptus eſt, licet ex certa parte hereditatis, puta quadrante, triente, &c. is perinde ac ſi ex toto aſſe inſtitutus eſſet omnium bonorum hereditatem conſequitur. §. *hereditas* 5. *Inſt. de hered. inſtit.* Hoc autem magis eſt ex ſubtilitate juris propter regulam, qua nemini partim teſtato, partim inteſtato decedere permittitur. *d.* §. *hereditas.* quam ex voluntate defuncti, quæ ejuſmodi interpretationem vix admittit, ubi unus tantum ex parte aliqua heres ſcriptus eſt. Quod ſi verbi cauſa, tres, ſinguli ex uncia ſcripti ſint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex

parte

parte tertia, commodiſſime dicitur arbitraria diſtributione teſtatorem uſum, atque in tres partes æquales univerſam hereditatem diviſiſſe. Quod ſecus eſt, ſi unus tantum inſtitutus proponatur in quadrante ſive quarta hereditatis parte. Quamobrem licet illo caſu propter libertatem diſtribuendi,& communem voluntatem idem obtineat in teſtamento militis,quod in teſtamento paganorum.*l.3.C.de teſtam.mil.* hoc tamen caſu diverſum jus eſt,propter d. regulam, quæ non militum, ſed paganorum poteſtatem coercet; atq; uno tantum herede in certa aſſis parte à pagano inſtituto,pars hæc reliquas ad ſe trahit;à milite ſi idem factum ſit, reſiduum heredes ab inteſtato ferunt. *l. quærebatur.* 19. *ff. de teſtam. milit.* quod & in Græcis Inſtitutionibus diſerte expreſſit Theophilus. Sed & ſi quis inſtitutus fuerit non ex parte hereditatis, ſed ex re certa, puta ex fundo Tuſculano, valet inſtitutio detracta rei mentione. *l.* 1.§. *ſi ex* 4 *l. quoties* 9.§ *ſi duo.* 13. *ff. de hered. inſt.* niſi ei coheres indefinite aut ex parte aſſis datus ſit:tunc enim legatarii loco habetur. *l. coheredi.* 41. §. *ult. de vulg. & pup. l. pen. C. de hered. inſtit.*

Verum & hoc ipſum ex ſubtilitate juris eſt, atque ex vi ſuperioris regulæ, ac proinde ad militaria teſtamenta non pertinet: nam ſi miles unum ex fundo heredem ſcripſerit, creditur, quantum ad reſiduum patrimonium inteſtatus deceſſiſſe *l.* 6. *ff. de teſtam. milit.* Igitur jus noſtrum, ut inquit Pomponius *l.* 7. *ff. de reg. jur.* non patitur eundem in paganis teſtato & inteſtato decedere: quaſi hæc duo, teſtatus & inteſtatus, inter ſe naturaliter pugnent, tanquam ajentia & negantia, & ideo idem ſubjecto ineſſe aut de eodem ſubjecto pronuntiari non poſſint, ex regula logicorum de oppoſitione. Et quidem ſine manifeſta & naturali rerum pugna dici non poteſt unum atque eundem in totum aut ſecundum eandem partem & teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe:at non prohibet lex oppoſitionis,quo minus dicamus eundem teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe, non ſecundum easdem, ſed ſecundum partes diverſas. Cæterum ut hic quoque pugna ſit,efficit ſublilitas juris civilis,qua fingitur heres repreſentare & ſuſtinere perſonam defuncti: qua repræſentatio ut eſt totius perſonæ, ita & totalis, atque ut eſt unius, ita & uniformis eſſe debet, hoc eſt, ut defunctus pro parte repræſentari non debet, ita nec debet per heredes diverſi generis partim ex teſtamento, partim ab inteſtato: ſed quiſquis heres eſt, debet in totum ſubire locum & vicem demortui, eumque repræſentare uno ac ſimplici repræſentationis genere, & vel in totum ex teſtamento, vel in totum ab inteſtato. eoque pertinet, quod ſcribit M. Tullius 2. *de invent* unius pecuniæ diſſimilibus de cauſis hæredes eſſe non poſſe; nec unquam factum eſſe, ut ejuſdem pecuniæ alius teſtamento alius lege heres eſſet. Rationem hujus rei hanc affert Gomez *lib.* 2. *var. reſol. c.* 3. quod abſurdum ſit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura eſſe non poſſunt, unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, repræſentari. Putarem ego *naturaliter* in *d. l.* 7. *ff. de reg. jur.* poſitum eſſe pro eo, quod recepti paſſim moris erat; ut & alibi interdum *l. in cauſa* 16. §. *idem Pomponius.* 4 *ff. de minor. l. item ſi* 22. §. 1. *ff. locat.* Nam regula iſta e ſolis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud Romanos quidem in teſtamento militis: unde ſatis liquet eam non niti aliqua naturali ratione.

Ex hac porro regula deſcendit jus accreſcendi inter plures heredes teſtamentarios, videlicet uno deficiente pars ejus accreſcat cæteris, qui heredes extiterunt. *l. liber homo* §. 3. *l. ſi ita quis.* 66. *ff. de hered. inſtit. l. un.* §. *his ita* 10. *C. de Caduc. toll.* quanquam non ex cauſa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hereditatibus legitimis. *l ſi ex pluribus.* 9. *ff. de ſuis & legit. hered.* & valet utrobique ex neceſſitate. Neceſſitas naſcitur ex duobus principiis juris quorum primum eſt. Neminem hereditatis ſibi delatæ partem ſemel quæſitam repudiare poſſe. *l.* 4. *C. de repud. her.* alterum. Neminem ejuſdem hereditatis, quæ alium heredem non habet, partem habere poſſe, partem repudiare. *l.* 1. *l.* 2. *ff. de acq. her. d. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. toll.* Et igitur, qui ex aliqua parte heres extitit, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato, ei etiam invito & ignoranti deficientium portiones accreſcunt. *l. heredi* 31. *l. ſi duo* 38 *l. qui ex duobus.* 53. §. 1. *ff. de ſuis & leg. her.* & accreſcunt ſemper cum onere, æris videlicet alieni & legatorum. *d. l. un.* §. *his ita C. de Cad. toll.* ſi plures ſint, qui portionem ſuam agnoverunt, defectæ partes accreſcunt omnibus, qui agnoverint, ſi omnes conjuncti ſunt: ſin promiſcuè conjunctim disjunctimque inſtituti, aut ab inteſtato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti ſolis conjunctis accreſcit ex tacita voluntate teſtatoris aut legis. Accreſcit vero ſingulis non ex æquo, ſed pro portionibus hereditariis: & in diſtributione ſi permiſtim inſtituti ſint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius perſonæ poteſtate fungi, ut non plus univerſi conſequantur, quam disjunctorum ſinguli

guli. *d. l. un. §. his ita* 10. *C. de cad. toll. l. heredes* 63. *ff. de her. inſtit.* eademque ratio eſt & heredum legitimorum, cum alii conjunctim ſeu nomine collectivo, alii ſeparatim vocantur; quod fit, cum quidam in ſtirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes; fratres & fratrum filii. Valet id jus in & legatis inter collegatarios ejusdem rei: verum ratione & effectu nonnihil diſſimili. Etenim in legatis locum non habet ex neceſſitate aliqua aut diſpoſitione juris, ſed ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos ſingulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum ſcindi; ſi concurrant: ſi vero non concurrant ſolidum poſtpoſito herede *§. ſi eadem* 8. *Inſt. de legat. l. un. §. ubi autem.* 11. *C. de caduc. toll.* ac proinde & prohiberi inter legatarios ejuſdem rei accretio poteſt, & ſi ſingulis ſingulæ res legatæ uno deficiente portio ejus in hereditate manet. *l. hujuſmodi.* 84. *§ pen ff. de legat.* 1. & cum deficientis coheredis portionem coheres invitus & cum onere ſemper accipiat, collegatarius portionem collegatarii nec invitus plerumque accipit, & interdum ſine onere. *d. l. un. §. his ita.* 10. *& ſeq. C. de caduc. toll.*

Igitur ut diximus, ſi quis ſolus ex certa parte hereditatis aut ex certa re inſtitutus ſit, is nihilominus in integrum aſſem poteſtate juris vocatur. Sed quid ſi teſtator adſcripſerit, nolle ſe, ut heres ſcriptus reliquas partes ferat, & jus accreſcendi expreſſe prohibuerit? Et quidem quemadmodum nemo ſine obſervatione legum teſtamentum condere poteſtpoteſt ita nemo quoque in ſuo teſtamento cavere, ne leges in eo loco habeant. *l. nemo poteſt* 55. *ff. de legat.* 1. ut illud omnino manifeſtum ſit, teſtatorem nulla cautione efficere poſſe, ut contra regulas juris civilis diſpariliter ei ſuccedatur, & ex teſtamento. Alteruttum ergo dicamus neceſſe eſt, vel cum Bartolo totum teſtamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen heredes ab inteſtato teneri quaſi ex fideicommiſſo partem teſtamento expreſſam reſtituere heredi ſcripto. *vid. Gomez.* 1 *reſ.* 10. *n.* 10. *& ſeq.* vel rato manente teſtamento prohibitionem inſuper habendam, reſiduaſque partes, quantumvis vetante teſtatore, accreſcere heredi inſtituto: quæ ſententia, ut ex iis, quæ jam dicta ſunt, patet, juri magis eſt conſentanea; & numero etiam ſuffragiorum vincit, teſtib. *Vig. ad d.* § 5. *Clar. §. teſtamentum q.* 74. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ* 11. Levia autem valde ſunt, quæ huic ſententiæ objiciuntur, & præſertim a D. Bronchorſtio *lib.* 2. *miſc. contr aſſert.* 14. quale primum illud eſt, quod Ulpianus in *l. quoties* 9. *§. ſi duo* 13. *ff. de hered. inſtit.* ſcribit, inſtitutos ex certis rebus, quaſi ſimpliciter inſtituti ſint, hereditate potiri, niſi voluntas patrisfam. manifeſtiſſime refragetur: unde ſic ex contrario recte colligi putat, ſi paterfam. expreſſe voluit eos contentos eſſe iis rebus aut partibus, ex quibus inſtituti ſunt, atque nominatim prohibuerit, ne reliqua bona iis accreſcant, eo caſu pro parte teſtatum decedere, neque ad hunc caſum ſuperiorem regulam pertinere. Vitioſa enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio eſt: quippe Juriſconſultus his verbis, *ſi modo voluntas patriſfam. manifeſtiſſimè non refragatur*, non hoc ſignificat ſi teſtator prohibuerit reliquam portionem accreſcere inſtitutis, eam relinquendam eſſe heredibus legitimis; atque ita contra quam juris ratio patitur, eundem & teſtato & inteſtato poſſe decedere: ſed longe alia iſtius clauſulæ ſententia eſt, nempe quod ſcripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus heredes forent, perinde ac ſi nec res nec partes eſſent nominatæ, in manifeſta teſtatoris voluntate heredes & inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expreſſit, veluti in ſpecie ab Ulpiano propoſita unus ex triente, alter ex beſſe, quæ partes nominantur in fundo. Atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipſo jure, quam officio arbitri familiæ erciſcundæ. *l. ex facto* 35 *ff. de hered. inſtit.* Putat præterea D. Bronchorſtius ſatis probari poſſe teſtatorem, cum hoc aperte voluit, pro parte teſtato decedere, & ſic cavere, ne reſiduum heredi inſtituto accreſcat, per *l. peto.* 69. *pr. verſ. idem dicemus ff. de leg.* 2. Proponitur ibi heres ex aſſe ſcriptus his verbis à teſtatore rogatus, *Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratem meum jure legitimo rediret contentus ſis centum aureis.* & ait Papinianus tale fideicommiſſum valere. Ergo inquit Bronchorſtius, legitimi heredes hic in reſiduo ab inteſtato ſuccedunt. Hoc inquam ego levius primo eſt, & aperte falſum. Nam cum heres inſtitutus retenta vel deducta certa re aut ſumma rogatus eſt hereditatem reſtituere, aut quod vi ipſa idem eſt, certa ſumma contentus eſſe ejus, qui teſtamento non facto legitimus heres futurus eſſet, gratia, ut in ſpecie propoſita, non duo diverſi generis heredes hic defuncto ſuccedunt, unus ex teſtamento, alter ab inteſtato; ſed uterque ex teſtamento, alter directo, alter oblique ſeu ex fideicommiſſo. Atque hoc caſu heres fiduciarius reſtituta hereditate inſtar legatarii eſt, & vi ipſa legatarius; fideicommiſſarius

ſolus heredis locum obtinet, actioneſque hereditarias ſolus & exercet & excipit. *§. ſi quis una. 9. Inſt. de fideic. hered. l. ſi legatus 30. §. 3. ff. ad ſenat. Trebell. l. pen. C. de her. inſtit.* Adhæc, ut probet teſtatorem poſſe pro parte tantum bonorum teſtatum procedere, & conſequenter prohibere, ne reliquum heredi teſtamentario accreſcat, adducit D. Bronchorſtius reſponſum Scævolæ in *l. ſi quis ita 82. ff. de hered. inſtit.* Si quis, inquit ibi Scævola, ita heres inſtituatur, *ſi legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam*, puto deficere conditionem teſtamenti illo vindicante. An igitur deficiente teſtamenti conditione & herede legitimo hereditatem vindicante, nihilominus inſtitutus pro parte ex teſtamento heres erit? Quis unquam talia audivit? Somnum obrepſiſſe clariſſimo viro, cum hæc ſcriberet, diceres, adeo plena eſt tota illa aſſertio παρερμηνειῶν. Poſtremo & in eo inſignis error eſt, quod ſententiam ſuam exiſtimat ſtabiliri per *l. dominus 57. §. 1. ff. de uſufr.* ubi talis ſpecies à Papiniano proponitur: Teſtator libertis ſuis fructum prædiorum ob alimenta per fideicommiſſum relinquit: deinde heres ſcriptus diſtributione pro rata facta ex fructibus prædiorum libertis alimenta aliquamdiu præſtitit: mox unus ex libertis alimentariis ſeu fructuariis ob alimenta vita deceſſit: quæritur utrum partis ejus emolumentum accreſcat cæteris collegatariis ſive confideicommiſſariis, an vero ad heredem revertatur? Et ait Papinianus partium emolumentum ex perſona vita decedentium ad heredem proprietatis dominum recurrere. Cujus reſponſi ratio non eſt obſcura. Nam cum fructum ſingulis ad alimenta duntaxat præſtari teſtator voluerit, inde apparet, non plus quenquam eorum habere voluiſſe, quam quo vitam ſuam toleraret: eamque ob cauſam portio unius deficiens cæteris non debet accreſcere, quibus affatim ſupperit, quo ſe exhibeant. Ubi autem hic duo heredes diverſo jure ſuccedentes, alter ex teſtamento, alter ab inteſtato? nec vero hic diſputamus de legatariis aut fideicommiſſariis ejuſdem rei, inter quos ut accreſcendi jus non niſi ex voluntate defuncti locum habet, ita prohiberi à teſtatore poteſt ſine offenſa ſuperioris regulæ, cum pars deficientis apud heredem maneat. Atque hæc etiam ratio eſt, cur idem illud jus ceſſet in legatis alimentorum; nempe quia teſtator intelligitur noluiſſe hic quicquam accreſcere. Sicut enim in agris limitatis locus non eſt jure alluvionis, propterea quod in his certis limitibus & finibus jus poſſeſſoris circumſcriptum eſt *l. in agris. 16. ff. de acq. rer. dom.* ita & in uſufructu limitato ad finem alimentorum ceſſat jus accreſcendi, quod cum alluvione comparatur. *l. ſi Titio 33. in fin. ff. de uſufr. d. l. dominus 57. §. 1. ff. eod. l. alimenta. 16. §. 2. ff. de alim. legat.*

Etſi autem communis hæc ſententia rationi juris magis convenit, quam prior illa Bartoli aut Bronchorſtii: eſt tamen & media quædam, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. pen. C. de hered inſtit.* & à qua non abhorret doctiſſimus Bachovius: nimirum prohibitionem ſupra dictam non efficere quidem quominus heres ſcriptus vi & poteſtate juris ex aſſe heres fiat: cæterum hanc ejus vim eſſe, ut heres ille ex certa parte aut ſcriptus reſiduum vel partes reliquas, quas accreſcere teſtator noluit, tanquam ex fideicommiſſo teneatur reſtituere iis, qui ab inteſtato ad hereditatem ejus venturi fuiſſent, ducto argumento à ſimili, quali proponitur in *l. ſi quis 29. ff. ad ſenat. Trebell. & §. 3. Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* item in *l. ex facto. 17. pr. ff. ad ſenat. Trebell.* & fac *l. peto 69. in fin. pr. ff. de legat. 2.* Atque hæc ſententia mihi quoque non diſplicet: imo magis placet, quam ſuperior illa communis quoniam favet voluntati morientium ſalva ratione juris. Et huc accommodari poteſt clauſula in *d. l. quotiens 9. §. ſi duo 13. ff. de hered. inſtit.* de qua ſupra. Excogitavit & Viglius noſter mediam ſententiam, ſed ille dum ſervare cupit voluntatem defuncti, manifeſte facit adverſus rationem juris, comminiſcendo tacitam legitimorum heredum in partibus, quas teſtator ſcriptum heredem habere noluit, inſtitutionem: qualis inſtitutio jure noſtro incognita eſt. Quod cum nec ipſe Viglius diſſimulet, perſuaſum habeo, eum quoque omnino & ſine cunctatione in Saliceti opinionem tranſiturum fuiſſe, ſi quis modo eam propoſuiſſet. In Belgio generali conſuetudine paſſim receptum eſt, ut unicuique liceat partim teſtato partim inteſtato decedere contra diſpoſitionem juris Romani. *Grot. 2. introduct. c. 18. Gudelin. 2. de jur. noviſſ. cap. 5. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 51. deciſ. 312. & vol. 4. deciſ. 10.* An autem per hoc quoque cenſeri debeat in totum abolitum eſſe jus accreſcendi, hic non diſputo. vid. *Chriſtin. d. deciſ. 51. Gudelin. d. cap. 5. Groenevv. tract. de legib. abrog. ad §. hereditas 5. Inſt. de hered. inſtit.*

CAP.

CAP. XXIII.

Quando conditio ſubſtitutionis vulgaris filio ſuo hæredi à patre factæ extitiſſe intelligatur, ut ſubſtituto fiat locus? & an jus ſuitatis per hujuſmodi ſubſtitutionem tollatur?

CONditio hæc vulgaris ſubſtitutionis, *Si hæres non erit*, qui caſus primus dicitur, pro diverſa qualitate hæredum & perſonæ inſtituti diverſimode accipitur. In extraneo hærede qui ſui juris ſit, hoc ſignificat, ſi neque ſibi hæreditatem acquiſierit, neque alium mutua conditione hæredem fecerit. In ejuſdem qualitatis hærede qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificatur, ſi neque ipſe hædes erit, neque hæreditatem ei, cujus in poteſtate eſt acquiſierit. *l. ſi paterfam.* 40. *ff. de hæred. inſtit.* In quo hærede eadem formula citra controverſiam hoc ſignificat, ſi hæres eſſe non poterit, quod ſit ſi ante patrem teſtatorem vita decedat; tunc enim, niſi liberos reliquerit, qui quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpant, ſemper locus eſt ſubſtituto. Cæterum putamus eadem formula & hoc ſignificari, ſi ſe paterna hæreditate abſtineat, ſi cum effectu ex teſtamento hæres non extiterit, eo quod bonis paternis immiſcere noluit. Nam etſi ſuus hæres exiſtat, citra ullum vel alterius factum, ſine aditione, ſine cretione, ſine geſtione pro hærede, §. 3 *Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. defer. l. in ſuis & leg hær.* & ideo non eſſe ſine hærede dicatur, qui ſuum hæredem, licet ſe abſtinentem habet. *l. cum quaſi* 30. §. *ſed & ſi* 10. *ff. de fideic. libert.* quæ res etiam ſua habet effecta circa confirmationem tabularum pupillarium, libertatum dationes, &c. *l.* 12. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. filius* 41. *& l. ſeqq. l. ult. de acq. hered. l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* Tamen cum de excludendo ſubſtituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi hæres non erit*, ex mente & voluntate ſubſtituentis, quam jus civile hic ſequitur atque approbat, non ἀνάφανσις ſeu nuda iſta exiſtentia, ut male Theophilus exiſtimavit; ſed immiſtio filii cum aditione hæredis extranei comparanda eſt, & ſubſtitutum filius excludet, non cum nudo nomine tenus, ſed re ipſa & cum effectu hæres factus eſt. Sic juriſconſulti in *l. non ſolum.* 67. *ff. de rit. nupt. l. ſi poſt* 68. *ff. de legat.* 1. aperte negant filium, qui abſtinuit, patri hæredem extitiſſe: nec prætor hunc hæredis loco habet. *l. ſi filius* 12. *ff. de interrog. in jur.* Et alioqui ſi nullo modo efficere filius poſſit, ut non ſit hæres, fruſtra ei ſubſtitutus daretur in eum, quo hæres non erit, quo proculdubio continetur etiam caſus, quo non vult hæres eſſe. Enimvero ſi filius patri ſuperſtes deceſſerit non declarata voluntate ſuper immixtione aut abſtentione, hic excludetur ſubſtitutus propter tranſmiſſionem hæreditatis ipſo jure quæſitæ nec derelictæ, aut repudiatæ. *l. Lucius* 45. *ff. de vulg. & pupill. l.* 3. *C. de jure delib. junct. l. un.* §. 5. *& §. cum autem.* 13. *C. de caduc. tollend.* Porro ex his apparet verum non eſſe quod plerique tradiderunt, quos ſequitur *Fachin.* 4. *controv.* 71. filium, qui vulgarem ſubſtitutum à patre accepit, deſinere eſſe ſuum hæredem. Illud quidem recte dicitur, & omnino dicendum videtur, ſuum hæredem, qui in caſum vulgarem ſubſtitutum accepit ex neceſſario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipſius juris civilis, quo ſcilicet patri permiſſum, neceſſitatem iſtam ut in ſuum ſolius favorem introductam, remittere, & quam etiam tacite remiſiſſe intelligatur dato filio vulgari ſubſtituto, ut quod alias filius non habuiſſet, niſi jure prætorio, abſtinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptam à parte, ac proinde ex jure civili, per *l. verba* 22. *ff. de cond. Inſtit. l.* 4. *pr. l. jam dubitari* 86. *ff. de hæred. inſtit.* Sed nullo modo admitti poteſt, quod Doctores vulgo contendunt, per ſubſtitutionem vulgarem in totum tolli jus ſuitatis. Licet enim ſuitati cohæreat & in perſona ſui hæredis annexa ſit neceſſitas, eſt tamen diverſa qualitas à ſuitate; atque hac ſalva, aut tantum vulnerata illa tolli poteſt, quod omnino conſiderandum eſt. In ſervis eſt neceſſitas, ſuitas non eſt. Ex eo quod quis ſuus eſt, ipſo jure hæres fit, bonaque paterna propter continuationem dominii penes eum remanent: ex eo quod neceſſarius, ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit, reſpondere. *l. neceſſariis.* 57. *ff. de acq. hæred.* quanquam etiam hic ſuum confert ſuitas. In ſuitate magis jus & commodum librorum, in neceſſitate ſolius patris vertitur, cui ob id liberum fuit neceſſitatem hanc remittere, atque ex neceſſario herede facere voluntarium. *l.* 12. *ff. de cond. inſtit.* Neque unquam pater dicitur ſuum ſibi hæredem facere, ſed bene neceſſarium: & cum impuberi filio fratrem neceſſarium hæredem facit, ſuum tamen hæredem non facit, ut recte Goveanus in *l.* 2.

§. *ſed ſi quis* 5. *num.* 35. contra Bartolum. Nihil autem plane pro communi ſententia facit *l. ſi filius.* 16. *ff. de lib. & poſthum.* Neque enim in caſu illic propoſito ſubſtitutio vulgaris facta filio efficit, ut filius ſuus hæres eſſe deſinat, ut male colligit Bartolus; ſed hoc, ut filius interim decedens prætetito poſthumo non poſſit videri hæres fuiſſe ab inteſtato, quoniam ſubſtiturus teſtamentum ſuſtinet, nec ex eo filius hæres exiſtere potuit, quia jus ejus adhuc pendebat propter incertum eventum poſthumi naſcituri, de quo fuſe *Anton. Fab. dec.* 32. *err.* 8. Similiter cum prætor liberis neceſſariis hæredibus poteſtatem facit abſtinendi hæreditate, eosque liberat ab oneribus hæreditariis, ſi velint hæreditatem delinquere, §. 2. *Inſt. de hær. qual. & diff. dict. l.* 57. *ff. de acq. hæred.* neceſſitatem tantum tollit, non ſuitatem; ex neceſſariis hæredibus facit voluntarios, non ex ſuis extraneos: quippe cui propoſitum non nocere liberis, ſed prodeſſe. *l* 12. *ff. de vulg. & pup. ſub.* Itaque quemadmodum poſt datam à prætore ſuis & neceſſariis hæredibus abſtinendi poteſtatem, nihilominus ſui hæredes manent, ipſoque jure & ignorantes hæredes fiunt, ac creditoribus paternis obligantur, §. 2. *Inſtitut. de hær. qual.* §. 2. *Inſt. de hær. quæ ab int. dict. l.* 57. *de acq. hær.* quamvis reſpectu beneficii prætorii, quo fit ut in eos actio non detur, *l.* 2. *ff. de cond. furt.* idem jus habere dicantur, quod futurum eſſet, ſi liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent. *l. nam nec.* 89. *ff. de leg.* 1. & conſequenter quemadmodum hic manet idem ſuitatis effectus, videlicet ut ſi filius deceſſerit, cum vel ignoraret patrem mortuum eſſe, vel ſciret quidem, ſed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpote ipſo jure ſibi jam quæſitam ad hæredes quoslibet transmittat. *l.* 3. *Cod. de jure delib. l.* 7. §. 1. *ff. de acq. hæred. l.* 19. §. 2. *ff. de caſtr. pec. l.* 8. *Cod. de ſuis & leg. lib.* ita quoque dicendum eſt, filium, cui in eum caſum, quo hæres non erit, ſubſtitutus à patre datus eſt, licet neceſſarius hæres eſſe deſinat, idque ex ratione ipſius juris civilis, non tamen deſinere ſuum hæredem eſſe, eumque ante immixtionem aut abſtentionem decedentem hæreditatem ad quoſvis hæredes transmittere excluſo ſubſtituto. Quod ſi per ſubſtitutionem vulgarem tolleretur jus ſuitatis, nec in pupillari ſubſtitutione expreſſa unquam ineſſe poſſet vulgaris, nec in vulgari expreſſa pupillaris, contra quam utimur. *l.* 4. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* denique & transmiſſio, quæ ſolius ſuitatis ante legem Theodoſii effectus erat, per vulgarem ſubſtitutionem eo tempore fuiſſet impedita: quæ omnia falſa ſunt, priora duo manifeſte, tertium *arg. l. un.* §. 5. & §. *cum autem.* 13. *Cod. de cad. toll.* ubi Juſtinianus demum ſubſtitutum vult admitti, cum deſunt perſonæ, quæ hæreditatem non aditam transmittunt ex lege Theodoſii, quæ unica eſt ſub *tit. C. de his qui ant. ap. tab. her. tranſm.* Nimirum jus transmittendi, quod ſoli antea ſui hæredes & ſimpliciter habebant, etiam in caſu ſubſtituti Juſtinianus illic extendit ad perſonas lege Theodoſii comprehenſas. Inſignis itaque error eſt Joan. Deckheri, qui *lib.* 1. *diſſ.* 14. *num* 43 ut communem opinionem tueatur, nimirum per ſubſtitutionem vulgarem jus ſuitatis omnimodo tolli, aſſerit ideo per vulgarem ſubſtitutionem ſuo hæredi factam tolli jus transmiſſionis, quod ex jure ſuitatis eſt: quia ſuus hæres inſtitutus non aliter ex teſtamento hæres fit, quam ſi ſe immiſceat. Notiſſimi enim juris eſt, ſuos hæredes tam ex teſtamento, quam ab inteſtato ſtatim & ipſo jure hæredes exiſtere. §. 2. *Inſtitut. de hæred. qual. l.* 1. §. 6. *ff. ſi quis omiſſ. cau. teſtam.* & clauſis adhuc tabulis. *l.* 3. *Cod de jur. delib.* Concludendum igitur ſubſtitutionem vulgarem in ſuo hærede non operiri in caſum & ſpeciem impotentiæ, ſed in caſum noluntatis, ut loquuntur, & abſtinentiæ duntaxat; utique ſi filius patri ſupervixerit: nam ſi is vivo adhuc patre deceſſerit, nullis liberis relictis, qui ſuccedendo rumpant, dubium non eſt, quin ſubſtitutioni locus ſit. *Zaſ. tr. de ſubſtit. cap* 1 *in quart. effect. Gomez* 1. *reſol. cap.* 3. *num.* 15. 16 & 24. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ* 16. *n.* 4. *D. Joan. à Sande lib.* 4. *deciſ Cur. Friſ. tit.* 3. *defin.* 1. ubi plures allegat: & optime *Bachov. ad Treut vol.* 2. *Diſp.* 11. *theſ.* 7. Illud quoque mihi perſuadeo, ut hoc obiter addam, abſtinente filio ſuo hærede, quo caſu ſubſtitutum admitti ſupra diximus, ſubſtitutum hæredem fieri jure civili, hoc eſt, directo ex ſubſtitutione venire, & hæreditatem adire poſſe ex vi formulæ: *Si filius mihi hæres non erit, Sempronius hæres eſto:* quamvis Ant. Faber. *decad.* 32. *err* 7. contendat non ipſo jure ſubſtitutum hoc caſu hæredem fieri, ſed à prætore tantum ad bona admitti. Etenim ſuus hæres ſe abſtinens, tantum ſecundum quædam hæres adhuc manet, ſecundum alia ſauciatur & enervatur ſuitas, ut in propoſito: ubi & leges ipſæ ſe quodammodo accommodant voluntati patris. Nec dubito, quin filio abſtinente, veri hæredes ſint, qui ab inteſtato veniunt, Sed hoc ἐν παρόδῳ.

CAP

CAP. XXIV.

An quemadmodum, quod explorati juris eſt, ſub expreſſa ſubſtitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converſo ſub expreſſa pupillari etiam contineatur vulgaris?

OLim qui ſibi & liberis ſuis impuberibus in utrumque caſum proſpectum vellent, ex conſilio prudentum, ut credibile eſt, disjunctiva hac & gemella ſubſtitutionis formula, quam Modeſtinus in *l.* 1. *§.* 1. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* duplicem appellat, uſi fuerunt, *Si filius mihi hæres non erit, ſive erit, & intra pubertatem deceſſerit*, &c. propterea quod vel ex plurium ſententia, ſubſtitutio vim ſuam non exerebat ultra caſum expreſſum, vel quod ob diverſitatem ſententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Poſtea autem Impp. Marci & Veri conſtitutione introductum, ut ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligeretur; ſive filius hæres non extiterit, ſive extiterit & impubes deceſſerit. *l.* 4. *pr. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* Quod Jus & ad compendioſam duorum impuberum ſubſtitutionem hoc communi verbo, *eoſque invicem ſubſtituo*, factam, tractum eſt *dict. l.* 4. *§.* 1. Et quidem extra controverſiam poſitum eſt, vulgaris ſubſtitutionis caſu expreſſo continere etiam caſum pupillaris, veluti ſi pater impuberi filio hæredi inſtituto ita ſubſtituat, *Si filius hæres non erit, Titius hæres eſto:* hic enim, ut inter omnes convenit, etiam in alterum hunc caſum, *Si filius hæres erit, & impubes deceſſerit*, Titius ſubſtitutus intelligitur, niſi voluntas teſtatoris aperte refragetur. *dict. l.* 4. *in fin. ff. & l.* 4. *C. eod.* Quod autem pupillaris quoque ſubſtitutio hic admittitur, id fit ex ſola conjectura voluntatis paternæ, quæ hinc ducitur, quod credibile ſit patrem, qui aliquem ſibi hæredem eſſe voluit, ſi filius heres non eſſet, voluiſſe quoque eundem eſſe hæredem filio, ſi filius hæres eſſet, & intrà pubertatem moreretur: utroque enim caſu pariter ſubſtitutum dilexiſſe videtur, nec ſibi magis proſpexiſſe, quam impuberi filio, cui etiam utile eſſe creditur hæredem à patre accipere. *l. Julianus* 42. *ff. de Acq hæred.* In voluntate autem teſtatoris manifeſta hujuſmodi conjecturis non utimur. Quapropter ſi ille vel nominatim alium in ſecundum caſum ſubſtituit, vel in conditione vulgaris ſubſtitutionis perſonam comprehendit, cui pupillariter ſubſtitui nequeat, hic qui in primum caſum ſubſtitutus eſt, minime intelligi debet & in caſum ſecundum eſſe ſubſtitutus contra manifeſtam voluntatem teſtatoris, qui aut expreſſim in caſum ſecundum ſubſtitutum dedit *§.* 3. *Inſtit de pupill. ſubſtit* aut in conditione ſubſtitutionis eum adiecit, cui in ſecundum caſum ſubſtitui non poteſt: quod cum ſit, palam eſt teſtatorem in eum duntaxat caſum ſubſtitutionem feciſſe, quo utrique hæredem ſubſtituere poterat. *l.* 4 *§.* 2 *l. Lucius.* 45. *ff. de vulg. & pupill. ſubſt. l.* 2. *& l.* 4. *C. eod.* Excipiendus etiam caſus ſingularis in *l. ult. C. de inſt. & ſubſt.* ubi Juſtinianus non vult ſubſtitutionem vulgarem vim habere tacitæ pupillaris adverſus matrem cohæredem poſthumo datam, ſi viva ea poſthumus natus impubes deceſſerit. Jus ſingulare oſtendunt verba illa, *in hac ſpecie, in hujuſmodi caſu.* Non obſtat *l.* 8 *C. de impub. & al. ſubſtit* quia loquitur de ſubſtitutione militis, quæ facta in unum caſum non extenditur ad alium. Quippe militum teſtamenta non reguntur legibus aut conſtitutionibus, ſed ex nuda, ſimplici, ac prout verbis expreſſa eſt, voluntate æſtimantur *l. in teſtamento.* 6. *C. de teſt. mil. Don. in d. l.* 8. *n.* 5. *&* 6. *Vigl ad pr Inſt de pup. ſubſtit. Bronchorſt.* 3. *aſſert.* 34.

Cæterum, an ex contrario expreſſo caſu ſubſtitutionis pupillaris ſeu ſecundo dicendum ſit contineri etiam caſum vulgaris ſeu primum, non eſt æque expeditum. Et communis quidem ſententia eſt expreſſo ſecundo primum quoque caſum comprehenſum intelligi. *Gloſſ & DD. in dict l.* 4. *ff de vulg. & pupill. Mantic. lib* 5. *de conject. ult vol tit* 3 *n.* 5. quam ſententiam & nos probamus. Sed hic lis nobis movetur à magnis viris Larcell. Polir. *de ſubſt. pup quæſt* 8. *n.* 39. *Vigl. ad pr. Inſt de pup. ſubſtit Ant. Fab deciſ.* 32. *err.* 9. *&* 10. qui in contrarium eunt, ac ſerio contendunt, nunquam in ſubſtitutione pupillari vulgarem tacite contineri. Nos etſi numero interpretum nobiſcum ſentientium ſuperiores ſumus, tamen in communes opiniones non juravimus, & puram hoc eſſe exiſtimamus, niſi & legum auctoritate vincimus ac ratione Auctoritate defendimur duplici; primum verbis ipſis conſtitutionis Impp. Marci & Veri relatis apud Modeſtinum in *dict. l.* 4. *pr. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quæ hæc ſunt: *ut cum pater impuberi filio in*

alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur. Ecce non ajunt Impp. *cum pater in primum caſum*, quomodo loqui debuerant, ſi tantum in vulgari caſu expreſſo pupillarem contineri ſignificare voluiſſent; ſed *cum in alterum caſum*, hoc eſt, unum è duobus ſine ulla diſtinctione, primus, an ſecundus tantum expreſſus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modeſtini in terminis hanc quæſtionem proponentis & decidentis in *dict. l.* 4. §. 2. *verſ. hoc itaque.* Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque herede inſtituto puberem impuberi ſubſtituit in eum caſum, quo impubes hæres exiſteret, & intra pubertatem moreretur: ait Juriſconſultus hoc caſu fratrem impuberem in utrumque eventum ſubſtitutum videri. Quod autem in fine ejuſdem reſponſi Juriſconſultus monet, ad evitandam omnem quæſtionem cautius facturum patrem, ſi in utrumque caſum expreſſe impuberi ſubſtituat, hoc apparet eum facere propterea quod in ſpecie mutuæ ſubſtitutionis, qualem ille propoſuerat, nimirum cum uterque alteri ſeparatim ſubſtituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæſtio moveri poſſet, an non quemadmodum pater in unum duntuxat caſum, hoc eſt, in vulgarem puberi ſubſtituit, ita viciſſim in unum quoque caſum tantum, nempe in pupillarem, videri debeat impuberi ſubſtituiſſe? At hujuſmodi quæſtioni poſt Divorum Marci & Veri conſtitutionem locus non eſt, cum non uterque alteri in caſus diverſos, ſed uni duntaxat, cui in utrumque caſum ſubſtitui poteſt, ſubſtituitur alter, ſive ſolum in primum ſive ſolum in caſum ſecundum. Diſerte autem dixi, cum uterque alteri ſeparatim ſubſtituitur, pubes ſcilicet & impubes: quia ſi verborum compendio mutuo ſubſtituti ſint hoc modo, *eoſque invicem ſubſtituo*, in vulgarem tantummodo caſum reciproca ſubſtitutio facta intelligitur. Quippe in tali ſpecie incongruens viſum eſt, ut in altero duplex eſſet ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris. *dict. l.* 4. §. 2. *ff l.* 2. *C eod. Mantic. d tit.* 3. *n.* 6. *Govean. ad dict. l.* 4. *n.* 13. *in fin. Duar. ad tit. de vulg. & pup. ſubſtit. c.* 15. A ratione quoque non magis alienum eſt hanc inducere voluntatis conjecturam, quam quod in primum caſum ſubſtitutus intelligatur quoque ſubſtitutus in ſecundum. Imo fortior eſt voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc: quod etiam Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 15. *n.* 4. notavit. Nam cum pater filium heredem inſtituit, quem etiam ſperat ſibi heredem fore, & bona, quæ relicturus eſt conſecuturum, eum, quem filio heredi facto ſubſtituit, & ad quem conſequenter mortuo filio pariter cum bonis filii poſtea quæſitis ſua quoque pertinere voluit, magna cauſa præſumptionis eſt patrem voluiſſe, etiam filio herede non exiſtente ſibi heredem eſſe in ſuis ſolius bonis: quæ præſumptio tanto major in hoc caſu, quam in ſuperiore, quanto magis apparet teſtatorem dilexiſſe eum, quam una cum ſuis bonis filii quoque bona, ſi quæ poſtea ei obvenerint, habere voluit, quam eum, quem expreſſe ſibi tantum heredem fecit.

Ex hoc autem vel ſolo nullo negotio refelli poſſunt rationes eorum, qui contra ſentiunt: nam auctoritate quidem illi nulla nituntur: niſi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* quo tamen loco longe aliam quæſtionem Juriſconſultus tractat, & nimirum hanc, an creditoribus paternis in ſubſtitutum impuberis, qui patris hereditate abſtinuit, actio detur, ſive an ſubſtitutus æs alienum patris agnoſcere, & creditoribus ejus reſpondere teneatur; an vero hæreditates, quas nuda exiſtentia poteſtate juris civilis conjunxit, poſſit ſeparare. Quod ſi inde colligat Faber ſubſtitutum impuberi in caſum pupillarem, pupillo abſtinente, hæreditatem patris adire non poſſe, vi aliqua tacitæ ſubſtitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris nec legitimos heredes abſtinente pupillo poſſe patris hereditatem cernere, ut bene contra Fabrum diſputat Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *diſput.* 11. *theſ.* 8. *lit. F.* Et quidni præſupponendum eſſe dici poſſit in quæſtione à Javoleno propoſita ſubſtitutum quoque repudiaſſe manifeſte damnoſam hereditatem, utcunque virtute tacitæ ſubſtitutionis vulgaris ſibi delatam? Ac mihi quidem, quod ad iſtam quæſtionem attinet, idem videtur ſenſiſſe Javolenus, quod ſucceſſor ejus Julianus, cujus ſententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur à Marcello & Ulpiano in *l. Julianus.* 42. *pr. ff. de acq. hered.* Levicula autem ſunt, quæ de ordine ſententiæ communi objiciuntur, quod nempe hic ſit naturalis ordo, ut à caſu primo tranſeatur ad ſecundum, non vice verſa. *l.* 2. §. *prius autem.* 4. *ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* & quod abſurdum ſit in acceſſorio, quale eſt teſtamentum filii, contineri principale ſeu teſtamentum patris. Quando enim conjunctum eodem tempore iiſdemque tabulis ac contextu pater ſibi & filio teſtamentum facit, nihil refert, à ſuo, an à filii incipiat. *dict. l.* 2. §. *ſed & ſi.* 6. atque ut Alfenus dicebat, in conjunctionibus nullus eſt ordo. *l.* 14. *ff. de pecul. leg.* ac proinde, etſi non ex certa

aliqua

aliqua ratione juris, tamen ex interpretatione conſtitutionis & voluntate Divorum Principum perinde in ſpecie propoſita haberi debet, ac ſi à caſu primo initium ſubſtitutionis pater feciſſet. Agitata fuit hæc quæſtio jam olim in judicio centumvirali inter heredes legitimos Coponii cujuſdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus *lib. 7. Inſtit. orat. cap. 7.* meminerunt. Coponius poſthumum heredem inſtituerat, eique, ſi, antequam in tutelam ſuam veniret, deceſſiſſet, Curium heredem ſubſtituerat. Cum poſthumus natus non eſſet, exorta eſt de hereditate controverſia inter heredes teſtatoris legitimos & ſubſtitutum. Q. Mucius contendebat legitimis heredibus locum eſſe factam, quoniam Curius ita ſubſtitutus erat poſthumo, ſi poſthumus impubes moreretur: at poſthumum ne natum quidem eſſe; ac proinde defeciſſe conditionem ſubſtitutionis. Mucio contradixit L. Craſſus, atque iiſdem argumentis, quibus nos uſi ſumus, probavit centumviris M. Curium nihilominus ex ſubſtitutione heredem eſſe oportere. Quod judicium ut communem ſententiam vindicat ab illis, quas Viglius & Faber comminiſcuntur, abſurditatibus, ita ipſum, cum res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile eſt, Q. Mucii, conſtitutione Divorum fratrum confirmatum eſt.

Plane in ſubſtitutione facta pupillo exheredato eadem interpretatio admitti non debet. Imo ne expreſſe quidem vulgaris ſubſtitutio eo caſu fieri poteſt: quippe cum vulgariter ei duntaxat ſubſtituere queam, quem ipſe mihi heredem facio. Quid ſi duobus diverſis teſtamentis pater ſibi & filio heredem ſcripſerit: ſæpe enim pupillare teſtamentum diverſo tempore fit, & novis ſolennibus rurſus adhibitis? Pone Patrem ſuo teſtamento perfecto, alio deinde die aut hora filio teſtamentum feciſſe, quod ei permiſſum eſt. *l. ſi quis. 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* aut ſibi per ſcripturam, filio per nuncupationem, vel contra: *l. patris. 20. §. 1. eod.* Atque in ſuo quidem teſtamento filium heredem inſtituiſſe, ſed iiſdem tabulis nullum ei dediſſe ſubſtitutum. Poſtea & alio demum tempore filio impuberi feciſſe teſtamentum, quo ei pupillariter ſubſtituit. Hic ego dicerem cum Bachovio ſub pupillari expreſſa non intelligi comprehenſam vulgarem, propterea quod tunc filio tantum, non etiam ſibi heredem quæſiviſſe pater videtur. Apud nos & in plerisque aliis Belgii Provinciis, quia pupillari ſubſtitutione non utimur, diſputatio hæc ſupervacua eſt. *Gudelin. lib. 1. de jur. nov. cap. 13. Grot. lib. 2. introd. c. 19. Grœnevv. tract. de legib. abrog. ad tit. Inſt. de pupill. ſubſtit.*

CAP. XXV.

An legatum in alterius arbitrium rectè conferatur.

QUando de legato in alterius arbitrium conferendo diſputatur, tres diverſi caſus conſiderandi. Nam aut in arbitrium heredis confertur, aut legatarii, aut tertii alicujus, ſive extranei: atque hi tres caſus diverſum jus habent. Quod ad collationem in tertii arbitrium attinet, ut de eo primum dicam, poteſt legatum conferri in tertii alicujus arbitrium tanquam in conditionem. *l. 1. pr. ff. de legat. 2.* ubi Ulpianus ait, *in arbitrium alterius conferri legatum*, veluti *conditio poteſt*, id eſt, quaſi conditio. Malim tamen cum Cujacio *lib. 2. obſ 2.* legere, *veluti conditionem.* Sed quid hoc eſt, in alterius arbitrium, veluti in conditionem? Reſpondeo, ſi teſtator ſic dixerit, *Mævio fundum Tuſculanum do lego, ſi Titius voluerit.* Tale, inquam, legatum valet. Ratio eſt, quia voluntas facti eſt: & poteſt legatum in alterius factum, non ut in voluntatem ſimplicem, ſed ut in conditionem faciendi conferri, puta, ſi forte acciderit aliquando, ut id ille velit, ut conditio potius ſit, quam merum legati dandi arbitrium, veluti *ſi Titius Capitolium aſcenderit.* Utrumque exemplum habemus apud Ulpianum in *dict. l. 1. pr. ff. de legat. 1.* ubi & nihil intereſſe ſcribit, hoc an illo modo legetur. Atque ex hoc eodem loco, quod idem Ulpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni poſſe, ſic quoque accipiendum reor, ut in aliena voluntate quaſi conditione poni poſſit. *l. Senatus. 43. §. 2. ff de legat. 1.* Nam & alibi idem auctor libertatem ita relictam, *ſi Sejus voluerit, Stichum liberum eſſe volo,* deberi ait, quod ſcilicet conditio potius ſit, quam legati dandi merum arbitrium. *l. fideicommiſſa 46. §. 2. ff. de fideic. libert.* Atque huic conditioni eodem item loco parem facit illam, *ſi Sejus Capitolium aſcenderit.* Eſtque hoc legatum verè conditionale, ac mortuo ante conditionem exiſtentem, id eſt, antequam tertius ille voluerit, legatario extinguitur.

Diſſen-

Diſſentit Hotomannus *lib. 1. amicab.* 5. Pomponium & Modeſtinum cum Ulpiano committens. Poteſt & legatum conferri & in extranei arbitrium, non utique liberum, ſed ut in arbitrium boni viri, & tunc legatum non eſt conditionale. *d.l.* 1. §. 1. Bonum autem virum cum dicimus, non judicem intelligimus, etiamſi is vel maxime boni viri officio fungi debeat: ſed qualemcunque virtute præditum, juſtum, fidum, innocentem, ut Cicero definit *lib. 3. de offic.* Eſt vero in teſtamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l.* 12. *ff. de reg. jur.* hoc perpetuum, ut legatum in alterius arbitrium collatum eſſe intelligatur: & ſive is, in cujus arbitrium collatum eſt arbitretur, ſemper utile ſit. *d. l.* 1. §. 1. *C. comm. de leg. & fideicommiſſ.* quanquam in contractibus arbitrii hujus adjectio vim conditionis habet. *l. ſi coitn.* 75. *ff. pro ſoc. l. ult. C. de contr. empt. l. ſi quis.* 43. *ff. de verb. oblig.* At non poteſt legatum conferri in tertii liberum arbitrium ſimpliciter, dum totum legatum in meram v.c. Titii voluntatem confertur citra ullum reſpectum conditionis, ut illa verba, *ſi voluerit Titius*, idem ſignificent, ac ſi diceretur pro libero Titii arbitrio, ut arbiter & quaſi dator legati ſit. Nam tunc vellet teſtator ex puro puto Titii arbitrio pendere legatum, ſive is æquum ſive iniquum arbitraretur; quod fieri non poteſt *l. illa inſtitutio.* 32. *ff. de hered. inſtit. l. nonnunquam.* 52. *ff. de cond. & demonſtr.* Enimvero in conſequentiam & indirecte ex tacito Titii arbitrio pendere vis legati poteſt, veluti ſi teſtator expreſſim adjecit conditionem. *Mævio centum do lego ſi Titius Capitolium aſcenderit* Etſi enim Titius Capitolium non aſcendet, niſi volet, tamen Teſtator hic non tam voluntatem Titii quam factum aſcendendi & contingentiam facti ſpectavit. Poterit enim velle Titius, nec tamen aſcendere, morte, morbo, vi impeditus. Poterit & aſcendere nihil minus cogitans, quam ut conditioni pareat forte ignorans conditionem hanc legato adſcriptam, aut omnino quid Mævio legatum eſſe. Quid ſi aperte teſtetur Titius nolle ſe, ut Mævius legatum capiat, & tamen aſcendat? Nihilominus debebitur legatum, quod non deberetur, ſi teſtator ſimplicem Titii voluntatem ſpectaviſſet. *d. l. nonnunquam.* 52. *ff de cond. & dem*

Quod ad hæredis arbitrium attinet, tantum abeſt ut legatum conferri poſſit in liberum heredis arbitrium *ſi heres meus voluerit*, ut ne poſt quidem in ejus arbitrium conferri, tanquam in conditionem. Atque hoc eſt, quo dicitur in *l. Senatus* 43. §. 2. *ff. de legat.* 1. legatum in hereditatis voluntate poni non poſſe: nempe non poſſe ne quidem tanquam in conditione. Ratio eſt, ne ſit in arbitrio ejus, quem teſtator obligare cogitat, an ſit obligatus. *l. utrum* 7. §. 2. *ff. d. reb. dub fac. l. ſtipulatio.* 17. *l. à Titio.* 108. §. 1. *ff. de verb. oblig. & act.* Quamobrem crediderim, nec tale legatum valere, *ſi heres Capitolium aſcenderit, Titio centum dato*: quamvis Cujacius valere putat, *arg. l.* 3. *ff. de legat.* 2. ſed ille textus loquitur de conditione negative concepta, cujus alia ratio eſt. Nam & ſi dixerit teſtator, *niſi heres meus noluerit*, quaſi conditionale legatum eſt, & primam duntaxat voluntatem exigit. *l. fideicommiſſa.* 11. §. *ſic fideicommiſſum* 5. *ff eod.* 3. Utique in herede hæc verba, *ſi voluerit*, pro conditione neutiquam accipiuntur, niſi favore libertatis. *l.* 46 *pr. ff. de fideicommiſſ. ſi fideicommiſſ. libert.* Dicerem tamen potius in ſpecie illic poſita id admitti, propter verba *fidei tuæ committo. arg. d l.* 46 §. 3. Plane in arbitrium heredis, quaſi boni viri recte confertur legatum, veluti ſi ita adſcriptum fuerit, *ſi æſtimaveris heres. ſi comprobaveris, ſi juſtum putaveris, ſi utile tibi viſum fuerit, &c. l. ſi ſic legatum.* 75. *pr. ff. de legat.* 1. *d. l.* 11. § *quanquam.* 7. *ff. eod.* 3. *d l.* 46. §. 3. *de fideicommiſſ. libert.* neque hoc caſu legatum eſt conditionale, per *l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. Utiliter quoque ſic relinquitur, *cum heres voluerit*, quia tale legatum omnino teſtator præſtari vult, ſed tractum temporis habet, quamdiu vivat is, à quo relictum eſt. Eo autem mortuo, ſi ipſe non præſtitit, ab herede ejus præſtandum eſt: nam poſt mortem utique datum creditur. Præmoriens autem legatarius nihil tranſmittit, quia conditionale eſt. *d. l.* 11. §. *hoc autem* 6. *l. uxorem.* 41. §. *pen. de legat.* 3. *facit. l centeſimis.* 46. §. 2. *ff. de verb. oblig.*

Poſtremo, quod ad arbitrium attinet legatarii, poteſt legatum in liberum ejus arbitrium & voluntatem expreſſe conferri, *Titio centum do lego, ſi voluerit.* Et hoc legatum eſt conditionale, ut legatario ante conditionis eventum mortuo, id eſt antequam legatarius voluerit ad ſe pertinere, jus petendi legati ad heredem ejus non tranſmittatur, quia conditio perſonæ injuncta videtur, *l. ſi ita legatum.* 65. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. ſi ita expreſſum:* 69. *ff. de cond. & demonſtr.* Quod ſi ea conditio verbis expreſſa non fuerit, licet tacite inſit, non facit legatum conditionale. *l. conditiones.* 99. *ff. de cond. & dem. l.* 3. *ff. de legat.* 2. Cui non obſtat, quod aliti traditum eſt, conditiones

quæ

quæ tacitè inſunt, non redddere legata conditionalia, licet a teſtatore exprimantur *l. Cornelius 69. ff. de hæred. inſtit. l. hæredi. 7. §. tractari 5. ff. quando dies leg. l. ſervo. 47. ff. de cond. & dem.* Hoc enim ſic accipiendum & temperandum eſt, niſi alia ſit, aut aliam vim habeat conditio expreſſi, ut in propoſito. *l. nonnunquam 52. d. tit.* idque ſignificat Marcellus in *d. l. ſervo 47. in fin. eod.* Expoſui breviter ſententiam meam ſuper ſubtiliſſima hac quæſtione. Interpretes noſtri non idem omnes ſentiunt. Vid. *Goff. Bart. & DD in l. 1 ff. de legat. 2. Cujac. 2. obſ. 5. Hotoman. 1. amicab. 5. Robert. 2. ſent. 10. Connan. 9. comment. 5. Pet. Fab. ad l. 22. §. 1. ff. de reg. jur. Bronch. cent. 31. aſſert. 48.*

CAP. XXVI.

Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, ſi quis legaverit rem quam cum alio communem habet.

ETiam res alienas legari poſſe, ſemper conſtitit, & poſſe, etiamſi difficilis earum paratio ſit, ut loquitur Juriſconſultus in *l. cum ſervus 39. §. conſtat 7. ff. de legat. 1.* nec obſtat lex duodecim tabularum, quæ tantum de ſuo legandi poteſtatem facit *l. verbis legis 120. ff. de verb. ſign.* nam & qui legat rem alienam, vi & effectu de ſuo legare intelligitur, nempe heredem ſuum onerare, ut rem redimat & redemptam præſtet, aut ſi id non poteſt, æſtimationem inferat, qui hujus legati effectus eſt: *§. non ſolum. 4. Inſtit. de legat. l. ſi domus 71. §. 3. eod. 1.* Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur, quod arguit *l. qui quatuor 30. §. ult. ff. de legat. 3.* & expreſſe teſtatur Ulpianus in *fragm. ſub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, puta *do lego*, aut ſimilibus. Sed & rem hoſtium legari poſſe placuit, ſi modo in ea cauſa ſit, ut aliquo caſu emi poſſit, & jure commercii comparari *l. ab omnibus 104. §. 2. ff. de legat. 1.* Atque ejus rei quæ apud hoſtes eſt, bello ſcilicet capta legatum omnimodo conſiſtit jure poſtliminii, *l. 9. l. ſi ſervus. 98. eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *c. filius ext. de teſtam.* ubi videtur hujuſmodi diſpoſitio improbari. Covarruvias putat ſpeciem *d. c. filius.* eſſe ſingularem, quod res alterius Eccleſiæ legata illic proponatur ſepulturæ cauſa; & ideo extra ſpeciem ibi propoſitam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum conſiſtere: & ita quoque *Mantic. lib. 9. de conject. ult. vol. tit. 10. Fachin. lib. 5. controv. 38.* At enim negari non poteſt, quin Pontifex in *d. c. filius* oſtendat ſibi diſplicere rei alienæ legatum, cum id magis ſæculi legibus, quam legi Dei convenire ſignificat. Quamobrem Diod. Tuldenus *comment. ad tit. Inſt. de legat. c. 5.* fatetur quidem improbari à Pontifice hanc juris civilis diſpoſitionem: cæterum cum eam expreſſe non abroget, merito adhuc eam obtinere debere contendit; maxime cum probabili nitatur ratione prolixius indulgendi ſupremis hominum deſideriis, & eo tantum pertineat, ut hæres rem à domino redemptam, aut eo nolente vendere, aut volente quidem ſed non niſi immodico pretio, juſtam æſtimationem legatario præſtet. *l. ſi domus 71. §. 3. ff. de legat. 1. l. non dubium. 14. §. ult. l. qui quatuor. 30. §. ult. ff. eod 3.*

Cæterum non ſemper res aliena legata debetur: verum intereſt, utrum teſtator rem alienam legans, ſciverit eam alienam eſſe, an ignoraverit: ſi ſcivit, debebitur; ſi ignoravit, non item. *l. unum ex familia. 67. §. ſi rem. 8. ff. de legat. 2. l. cum alienam. 10. C. de legat. §. non tantum. 4. Inſt. eod. Forſitan enim*, inquit ibi Juſtinianus, *ſi ſciviſſet alienam rem eſſe, non legaſſet.* Unde vero illud colligimus? Ex eo nimirum, quod nemo facile credendus ſit heredem ſuum onerare voluiſſe redemtione alienæ rei *d. l. unum ex familia. §. ſi rem. l. Sticho. 36. in fin. ff. de uſufruct. legat.* Quare ſi res heredis legata ſit, diſtinctione illa non utimur, ſed ea omnino debetur quamvis teſtator eam ſuam exiſtimans legaverit: nempe ideo quod cum rei legatæ dominus ipſe heres eſt, tam facile eam heres præſtare poteſt, quam rem, quæ defuncti fuit. *d. l. unum ex familia §. ſi rem.* Plane interdum conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indiſtincte debeatur; veluti ſi relicta ſit perſonæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico ſingulari, alii tali perſonæ, cui veroſimile eſt teſtatorem quovis modo legaturum fuiſſe. *d. l. cum*

alienam C. de legat. quod ad legata in piam cauſam relicta traducunt *Tiraquell. priv. pia. cauſ.* 66. *Vaſq. lib.* 3. *de ſucceſſ. progreſſ.* §. 27. *n.* 41.

Illud belle quæritur, quid juris ſit in legato rei communis. Finge teſtatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legaſſe Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, ſi teſtator ſic dixerit, *fundum meum.* Hic enim portionem tantum deberi, id eſt, partem, quæ teſtatoris fuit, non alienam, diſerte à Paulo reſponſum eſt in *l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. & ait Juriſconſultus hoc conſtare, ut oſtendat certi juris eſſe non controverſi. Quippe & verba & mens teſtatoris hic pro herede faciunt: verba, quia fundum meum recte interpretamur, quatenus meus eſt: nam meum etiam recte dicitur, quod pro parte meum eſt *l. in re communi.* 26. *ff. de ſerv. præd. urb. l. ſi quis* 74. *de legat.* 3. *l. ff. de condit. Inſtit.* quamvis totum meum eſſe non recte dicatur. *l. recte dicimus.* 25. *ff. de verb. ſignif.* Mens teſtatoris; quia etiamſi dubia eſſet, non facile crederetur teſtator heredem ſuum onerare voluiſſe neceſſitate redimendi partem alienam, *d. l. unum ex familia.* 76. §. *ſi rem.* 8. *de legat.* 2. Sed dubitatur, ſi teſtator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus eſt*, ſed ſimpliciter fundum ſibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio, quæ teſtatoris fuit. Et ſiquidem totum ſuum eſſe putaverit, nemo opinor, dicturus eſt plus quam partem teſtatoris deberi per *d. l. unum ex familia.* §. *ſi rem junct.* §. *non tantum. Inſt. de legat.* excepto utique caſu ſupra memorato ex *l. cum alienam.* 10. *C. eod.* Sed quid ſi eodem modo legaverit, cum ſciret fundum ſibi cum Titio communem eſſe? Accurſius exiſtimavit totum deberi quoniam legatum rei alienæ, quam teſtator ſcivit alienam eſſe, valet, & in propoſito fundus, ſi in totum eſſet alienus, totus deberetur: quod & Donello viſum in *d. l. cum alienam. n.* 2. *C. de legat.* Cæterum contrariam ſententiam, quam probant *Bart. Bald. Jaſ. Angel. Zaſ. Duar. in d. l.* 5. §. *ult. ff. de legat.* 1. *Mantic. lib.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 1. *num.* 12. veram eſſe exiſtimo, nempe partem tantum deberi. Quippe longe diverſa ratio eſt in caſu propoſito rei in totum alienæ, & rei communis ſive pro parte meæ. Si res legata tota aliena eſt, non poteſt videri teſtator revocaſſe modum legati ad partem aliquam ſuam, quam nullam in ea re habebat, nullaque alia conjectura capi poteſt, quam voluiſſe eum totam legare. At cum res communis fuit, & partem in ea teſtator habuit, omnino credibile eſt eum potius de ſua illa parte cogitaſſe, quam voluiſſe heredem ſuum ita onerare, ut partem alienam redimat: quæ conjectura efficaciſſima eſt. *d. l. unum ex familia.* §. *ſi rem de legat.* 2. *l. Sticho* 36. *in fin. ff. de uſufruct. leg.* Confirmat porro hanc ſententiam locus Pauli in *l. fundus* 24. *ff de inſtruct. vel inſtrum. leg.* ubi ſententiam Neratii explicans ait, ſi fundus, qui locatus erat, cum inſtrumento legatus ſit, id tantum inſtrumentum, quod teſtatoris fuit legato cedere, quod ſi nullum ille in eo fundo inſtrumentum habuerit, quod colonus habuit, deberi. Facit huc & *l. ſi quatuor* 30. §. *qui fundum.* 4. *ff. de legat.* 3. Atque eandem omnino rationem habet, quod in ſpecie fundi vectigalis legati reſponſum eſt non videri proprietatem legatam, ſed jus, quod in eo teſtator habuit *l. ſi dom.* 71. §. *ult ff. de leg.* 1. Enim vero ſi teſtator nominatim dixerit ſe legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, reſponderem utramque partem, & tam alienam, quam, quæ teſtatoris fuit legatam videri. *arg. l. Juliano.* 68. *in pr. ff. eod.* 3.

Multa tamen huic ſententiæ objiciuntur, & primo, quod appellatione rei totum contineatur. *l. ſi dictum* §. 1. *ff. de evict.* à verbis autem non facile ſit recedendum. *l. ille aut ille.* 25. *l. non aliter* 69. *eod.* 3. Reſpondeo, verum quidem eſt, non facile à verbis recedendum eſſe: ſed tamen recedi poteſt & debet, quando aliud, quam quod dixit, aut ſcripſit, ſenſiſſe teſtator apparet. *d. l. non aliter.* nam mens & voluntas teſtatoris verbis aut ſcriptura potentior eſt. *l. Labeo.* 7. §. 2. *ff. de ſupell. leg. l. cum virum* 16. *C. de fideicomm. l. ubi* 21. *ff. de reb. dub.* Mens autem teſtatoris in propoſito fortiſſimè colligitur ex illa veteribus toties uſurpata conjectura, quod ſcilicet haud facile credendum ſit, teſtatorem voluiſſe heredem ſuum onerare neceſſitate redimendi rem alienam. Secundo objicitur *l. Mævius.* 66. § *fundo legato.* 6. *ff. de legat.* 2. Sed longe alius caſus ibi deciditur, nempe quid juris ſit, ſi quis certum fundum, cujus totius proprietas ad eum ſolum pertinet, uſusfructus autem alienus eſt, ſimpliciter, id eſt, non deducto uſufructu legaverit; hic ait Papinianus etiam uſumfructum ab herede petendum eſſe Ratio dubitandi eſt, quia uſusfructus non eſt pars rei, *l. recte dicimus* 25. *ff. de verb. ſign.* Et vero ſi pars eſſet, non niſi ſtulte quæreretur, an ubi conſtat totum legatum eſſe, appellatione totius uſusfructus contineatur. Ratio autem decidendi hæc eſt, quod etſi uſusfructus proprie pars non eſt, inſtar tamen partis obtinet, propterea, quod emolumentum rei continet: ac proinde fundo legato etiam uſusfructus, niſi expreſſe excipiatur & detraha-

detrahatur, legato cedit. *d. l. Mævius §. fundo. l. 6. ff. de uſufruct. ear. rer. quæ uſu conſum.* Et quod notandum cum Azone & Hugolino, ut ſingulare, ſi alio propoſito id fecit teſtator, reſponſum eſt in ſpecie huic gemina, errore labi, & plus hic valere ſcripturam, quam quod actum, aut cogitatum eſt. *l. ſi alii 19. ff. de uſufruct. leg.* contra communem ſcilicet regulam, ſecundum quam voluntas magis, quam verba, ſpectanda. *l. cum virum. 16. C. de fideic. l. Labeo. 7. §. 2. ff. d. ſupell. leg.* Porro quod hic juris in toto idem haud dubie obtinebit & in fundi parte, cujus uſusfructus alienus eſt, legata, *arg. l. quæ de tota 76. ff. de rei vind.* D. Duarenus nimium hic ſollicitus eſt, & fruſtra laborat in alio caſu quærendo: quanquam vera ſunt, quæ profert. Objicitur tertio locus in *l. cum filius. 76. §. 2. de legat. 2.* Sed eadem ad hunc locum, quæ ad ſuperiorem, reſponſio eſt; cui præterea & hoc accedit, quod heres, qui in caſu ibi propoſito ipſe fructuarius eſt, nulla redemptione oneratur. Quatto objicitur *l. ſi res obligata. 57. de legat. 1. d. l. Mævius 66. §. fundo. 6. eod. 2. l. 6. C. de fideicommiſſ.* quibus locis traditur heredem rem pignori obligatam, quæ legata ſit luere debere, utique ſi ſciebat teſtator eam pignori obligatam eſſe. *ad. ll. & §. ſed & ſi 5. Inſt. de legat.* unde ſequitur non liberari heredem præſtando id, quod defunctus habuit. Reſpondeo, conjectura voluntatis teſtatoris rem ſuam, quam creditori obligatam eſſe ſciebat, legantis facit, ut res integra plena & libera debeatur. Nam cum æs alienum onus ſit heredis, qui in univerſum jus defuncti ſuccedit, non legatarii *l. 1. C. ſi cert. pet.* non eſt credibile teſtatorem voluiſſe æs alienum ſolvi à legatario, niſi hoc expreſſerit. Aliud autem eſt, ſi obligatam eſſe neſciebat, exceptis duobus illis caſibus, de quibus in *d. l. ſi res obligata. 57. de legat 1. & d. l. 6. C. de fideic.*

Noſtra hæc & communis ſententia nullam Gallorum moribus dubitationem habere poteſt, quippe quibus ne illud quidem obtinet, ut fundo legato uſus fructus, qui alienus eſt, ab herede peti poſſit, teſte Autumno, *Cenſ. Gall. & Confer. du droict. ad d l. Mævius. 66. §. fundo legato 6. ff. de legat. 2.* ubi ſcribit apud Gallos locum non eſſe diſpoſitioni *d. §. fundo.* ac proinde abrogandum. Atque hoc ut voluntati teſtatoris, ita & Bataviæ quoque noſtræ moribus omnino conſentaneum videtur. Similiter, ſi teſtator alii fundum, alii uſumfructum ejusdem fundi legaverit eo propoſito, ut alter nudam proprietatem haberet, ſimplicitati morum noſtrorum non convenit, ut uſusfructus contra mentem teſtatoris communicetur ſecundum *l. ſi tibi 19. ff. de uſufruct. leg.* & neſcio cujus ſubtilitatis objectu impediatur, ne ſuprema hominum judicia exitum habeant. Idem de Galliæ moribus teſtatur *Bern. Autum. in confer. Gall. ad d. l. ſi tibi ad Groenevv. tract. de leg. abrog. ad d. l. ſi tibi. & ad d. l. Mævius. 66. §. fundo legato. de legat. 1.* Alii, quibus nimia iſta ſubtilitas non placuit, *d. l. ſi tibi.* interpretatione ſua ſic temperaverunt, ut in caſu, quem ibi tractat Modeſtinus, plus valere debeat ſcriptura, quam quod actum eſt dummodo de eo, quod actum eſt, non conſtet: quam interpretationem nec verba nec ſententia Juriſconſulti admittunt, ut bene animadverterunt Joannes Azo & Hugolinus apud Accurſium.

CAP. XXVII.

Anunquam error in nomine legatarii reive legatæ aut falſa demonſtratio vitiet legatum?

SI quis heredem inſtituit, ſive alicui quid legat, perſonam heredis aut legatarii demonſtret, neceſſe eſt. Demonſtrantur perſonæ citra controverſiam ſuo nomine: cæterum & aliis modis demonſtrati poſſunt, ut valeat inſtitutio aut legatum, *l. quotiens 9. §. ſi quis 8. ff. de hered. inſtit. l. ſi ita. 8. §. 2. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* Et generaliter in omnibus partibus juris demonſtratio vice nominis fungitur. *l. 6. ff. de reb. cred. l nominatim 34. ff. de cond & dem.* Cui jam & illud conſequens eſt, ut ſi falſum nomen adjectum ſit, errante teſtatore, nihilominus inſtitutio aut legatum valeat perindeque habendum ſit, ac ſi nomen adjectum non eſſet; dummodo certum ſit demonſtratione teſtatoris, de quo ille ſenſerit. Ut enim cætera omittantur, perſonam tamen neceſſe eſt ita demonſtrari à teſtatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit. *d. l. quotiens §. ſi quis ff. de hered. inſt.* pro non dicto enim eſt, aut pro non ſcripto, quod ita dictum ſcriptumve eſt, ut non intelligatur, *l. 2. ff. de his,*

qua non pro ſcript. Finge ergo hoc modo legaſſe, *Cornelia ſororis mea filio centum do lego.* ſi ſoror unum tantum filium habeat, valet legatum, quia ſatis apparet, quem teſtator deſignavit. Sed & ſi ita dixerit, *Cornelio ſororis mea Cornelia filio centum lego*, valebit legatum, etiamſi ei non Cornelio, ſed Sempronio nomen ſit. Denique & ſic demonſtratio rectè fit, *cujus nomen in codicillis ſcripſero*, illi heres meus centum dato. *l. inſtitutio talis.* 10. *ff. de cond. inſt.* nam quod in herede ſic demonſtrato obtinet, id vel magis in legatario valere debet. Pari ratione etſi teſtator erraverit in nomine rei legatæ, v.c. ſi fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile eſt legatum & debebitur Sempronianus, ſi conſtet hunc legatum eſſe. *l.* 4. *ff. de legat.* I. Et convenienter ſi quis cum unum tantum ſervum haberet, dixerit *Stichum ſervum meum Titio do lego*, valebit legatum, licet ſervo Davus, non Stichus nomen ſit. *arg. l. demonſtr.* 17. *ff. de cond. & dem.* Plane ſi quis cum veſtem legare vellet, ſupellectilem ſcripſerit, putans ſupellectilis appellatione veſtem contineri, placet nec veſtem nec ſupellectilem deberi, quaſi neutrum legatum ſit. *d. l.* 4. *de legat.* I. ubi Juriſconſultus hanc differentiæ rationem reddit, quod rerum vocabula immutabilia ſunt, hominum mutabilia. Per rerum vocabula intelligit illa, quæ Grammatici appellativa vocant; per hominum, quæ illi propria, propterea, quod rei ſive perſonæ tantum ſingularis deſignandæ cauſa reperta ſunt. Hæc ait eſſe mutabilia, quia ſcilicet privata ſunt, & pro arbitrio ſingulorum imponuntur & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia. *l. Labeo.* 7. §. 2. *ff. de ſupell. leg.* ut proinde in his error ſit tolerabilis, in illis ſtultus & intolerabilis. Et eſt ſane ingens inter hæc diſcrimen. Propria nomina omnia θέσει conſtant & ita: ut pro arbitrio cujusque privati & citra conſiderationem naturæ rei imponantur: quapropter nec rei οὐσίαν, ſed tantum differentiam ἐπουσιώδη indicant. Appellativa verò φύσει quodammodo conſtant, id eſt, à natura vim ſuam habere videntur, ſaltem prima, quæ ſunt ἀρχηγα ϗ ςοιχεῖα, ſeu principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem exiſtimat majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina impoſuiſſe. Sed & flexa, licet impoſititia ſint, publica tamen & ipſa ſunt, ac communia: & ſive prudenter, ſive temere & κατὰ τύχην impoſita ſint, non ſunt tamen arbitraria, ut ex ſingulorum opinione exaudiri debeant, ſed ex communi uſu: eorumque impoſitio naturæ conſona habetur, nec minus hæc, quam prima ipſam rei ſubſtantiam denotant. Quæſitum verò eſt, an non ſaltem valere debeat legatum, ſi res cum oculis ſubjecta eſſet, à teſtatore manu demonſtrata ſit, utut alieno nomine eam appellaverit: veluti ſi cum equus præſens eſſet, ita dixit, *Hunc bovem Titio do lego?* Accurſius in *l. qua extrinſecus.* 65. *ff. de verb. oblig.* exiſtimat valere, & equum deberi, cujus ſententiam & plerique Interpretes ſecuti ſunt. Mihi verò id minimè conſentaneum videtur reſponſo Pauli in *l.* 3. *de reb. dub.* ubi Juriſconſultus ſic ſcribit: *Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox ſignificat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.* Convenienter omnino ſententiæ ſive Servii, ſive Celſi, dicentium *non videri quemquam id dixiſſe, cujus non ſuo nomine uſus ſit*, aut quod idem valet, neminem videri ſenſiſſe; quod non dixit: quanquam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l.* 7. §. 2. *ff. de ſupell. leg.* Quamobrem magis eſt, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat, atque æque ſtultum ac diriſorium, ut illa, de quibus in *l* 4. *ff. de legat.* 1. quod etiam Mynſingero ad *§. ſiquidem.* 29. *Inſt. de legat. num.* 10. verius videtur. Plane ſi quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus eſſe dicatur, locus eſſe poteſt quæſtioni voluntatis propter rerum affinitatem. *l. librorum.* 52. *§ quod tamen.* 4. *ff de legat* 3. *& ibi Bart.* Quin etiam generaliter idem admittendum putem, ſi aliquo colore uſuve loquendi vocabulum, quo teſtator uſus eſt, ad id, quod voluiſſe dicitur, extendi poteſt. *arg. l. ſi quis vinum.* 9. *pr. ff de trit vin. ol. leg.* quod & Diod Tuldenus probat in *comment. ad Inſt. tit. de legat. cap.* 21. *add. Duar. ad l* 4 *de leg.* 1. *Pet. Fab. lib.* 2. *ſemeſtr.* 14.

Quod in errore nominis perſonæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ cuſtoditur, ut etſi falſo hujuſmodi nomine teſtator uſus ſit, legatum tamen utile ſit, modo de perſona aut re aliunde conſtet, id etiam obtinet in demonſtratione, hoc eſt, omni adjectione, quæ extra nomen perſonæ aut rei deſignandæ gratia adhibetur, ut, etſi vel in perſona legatarii, vel in re legata demonſtranda teſtator erraverit, tamen legatum perinde valeat, ac ſi nullus error interveniſſet; dummodo conſtet, cui legare, aut quam rem legare teſtator voluerit. *l demonſtratio.* 17. *pr. &* §. 1. *l. falſa.* 33. *& l. ſeq. ff. de cond. & dem. §. huic proxima.* 30 *Inſt de legat.* Ratio eſt, quia nomen & demonſtratio mutua vice funguntur, aut demonſtratio vice nominis, *l.* 6. *ff. de reb. cred. l. nominatim.* 34. *ff. de cond. & dem.*

Cæte-

Cæterum hæc regula ſive ſententia ſic in univerſum temperanda eſt, niſi quid aliud obſtet legato præter falſitatem demonſtrationis. Hoc autem obſervato facile removeri poterunt pleraque, quæ alioqui huic ſententiæ obſtare videntur. Nam primo, ſi demonſtratio certam rem aut ſummam indicet, ſed circumſcriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, reſponſum eſt inutile eſſe hoc legatum; veluti, ſi teſtator ita dixerit, *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego*. ſi hæc in arca nulla ſint, placet nihil deberi, quaſi certum corpus, quod in rerum natura non eſt, legatum ſit. *l. ſi ſervus.* 108. *§. qui quinque.* 10. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. *§. ſed & ſi.* 7. *ff. de dot. praleg. junct. l. plane.* 34. *§. ſed hoc ita.* 4. *ff. de legat.* 1. Prius enim eſt, ut ſit, quod legetur, quam legatum valeat, aut dici poſſit falſa demonſtratione perimi. *l quibus.* 40 *§. pen. ff de cond. & dem.* 2. Si quis ita legaverit: *Quid mihi Titius debet, Sempronio lego*, ſine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum eſſe legatum, non propter vitium demonſtrationis, ſed alia evidenti ratione, quia ſcilicet non apparet, quid quantumve legatum ſit. *l. ſi ſic legatum.* 75. *§.* 2. *de legat.* 1. 3. Eadem ratione inutile eſt & hoc legatum: *Quod Titio debeo, ei lego*, ſi teſtator neque debeat, neque quantitas adjecta ſit; quamvis ſi ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, legatum utile ſit, licet nihil Titio debeatur: quia ſola falſa demonſtratio legatum non vitiat. *dict. l.* 75. *§.* 1. *l. legavi.* 25. *ſub fin. ff. de lib. leg.* 4. Sed etſi quantitas adjecta eſt, tamen ne ſic quidem ſemper utile eſt legatum in hujuſmodi ſpeciebus. Finge teſtatorem ita legaſſe, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*: conſtat hoc legatum inutile eſſe, etiamſi verum ſit centum Titio deberi: quoniam debitor id, quod ipſe debet, alii quam creditori legare non poteſt; ac proinde nec ſi falſum erit, legatum valebit. Nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonſtrationis, id adjecta vitioſa demonſtratio utile efficere non poteſt. 5. Finge iterum legaſſe hoc modo, *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cum Titius nihil deberet, nihil hic item eſſe in legato reſponſum eſt, multumque intereſſe inter falſam demonſtrationem & falſam conditionem ſive cauſam. *dict. l.* 75. § 2. *dict l. legavi.* 25 *verſ quod ſi ſic.* Nimirum, etſi hic centum verbo legata ſunt, revera tamen nihil aliud legatum, niſi liberatio: quo legato hoc continetur, ut ſi heres petat, exceptione removeri, ſi non petat, ultro pulſari poſſit, ut debitorem liberet. *l.* 3. § 3. *ff. de lib. leg.* Neutri vero horum locus eſſe poteſt, ubi nulla eſt obligatio. 6. Pari ratione ſi teſtator centum, quæ Titius ei debeat, legaverit Sempronio, dicendum eſt inutile eſſe legatum, ſi Titius nihil debeat: quippe nec hic legantur centum, quæ heres det, ſed actio, quam præſtet adverſus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut heres actiones ſuas præſtet. *§ tam autem* 21. *Inſtit. de legat.* nullas vero habere aut præſtare poteſt adverſus eum, qui nihil debet: quod Ulpianus in *dict. l. ſi ſic legatum.* 75. *§.* 2. *de leg* 1. breviter his verbis ſignificat, *eſſe enim debitor debet.* Poſtremo, non obſtat huic ſententiæ, quod Papinianus Sabinum reſpondiſſe ſcribit, falſam demonſtrationem non facere legatum. *l cum tale.* 72. *§. ult. ff. de cond. & dem.* Neque enim hoc dicimus falſam demonſtrationem facere legatum, ſed non vitiare legatum. Legatum faciunt verba diſponentia, non demonſtrantia. Itaque in ſpecie illic à Papiniano propoſita, *ex centum, quæ Titio legavi, quinquaginta heres Sejo dato*, non Titius, ſed Sejus eſt legatarius, qui ſolus eſt in diſpoſitione, eique quinquaginta debentur non obſtante vitio demonſtrationis. Titio autem, qui in demonſtratione eſt, debetur nihil. *Jul. Pac. cent.* 6. *quæſt.* 44.

CAP. XXVIII.

An hæres ob omiſſam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem cauſa amittat legitimam?

Lege duodecim tabularum licebat teſtatoribus univerſum patrimonium ſuum in legata conſumere, nihil ut hæredi relinqueretur præter onus & moleſtiam æris alieni. *l. verbis leg.* 120. *ff. de verb. ſign.* qua licentia cum teſtatores uſi eſſent, eveniebat plerumque ut ſuprema eorum judicia deſtituerentur, recuſantibus ſcriptis hæredibus nullo ſuo aut quam minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis ſæpe oneribus minimeque neceſſariis ſe implicare. Quod cum & ipſis teſtatoribus inutile eſſet, & publice expedire putetur ſupremas hominum voluntates exitum habere.

bere. *l. 5. ff. teſtam. quemadm. aper.* viſum eſt ex uſu eſſe reip. heredes juſto aliquo lucro ad adeundam hereditatem invitari, quo ſuprema judicia conſervarentur. Id quod commode fieri poſſe creditum eſt, ſi libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur: quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata eſſet, tandem lege Falcidia perfecta eſt, qua cautum, ne plus legare liceret quam dodrantem totorum bonorum. *l. 1. ff. ad leg. Falcid. pr. Inſt. eod.* Procedente tempore ob eandem cauſam eadem lex producta eſt & ad fideicommiſſarias hæreditates, cautumque ſenatusconſulto Pegaſiano, ut ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur. *§. ſed quia. 5. Inſt. de fideic. hæred.* Cujus ſenatusconſulti vim Juſtinianus poſtea transfudit in ſenatusconſultum Trebellianum, ut jam ex ſolo ſenatusconſulto Trebelliano reſtituatur hæreditas, atque ex hoc eodem ſenatusconſulto quartam partem hæres retineat. *§. ſed quia ſtipulatione. 7. Inſt. eod.* Unde interpretes quartam hanc appellaverunt quartam Trebellianicam: quanquam veteres & hanc ipſam vocant quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ, nunquam alio nomine, ut videre eſt in *l. cohæredi. 41. §. 3 ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. 2. §. ult. de jur. codicill. l. filiusfam. 18. pr. l. ſi a me. 29. l. in ratione. 30. §. tametſi. 7. l. lex Falcidia. 47. § 1. l. Titia. 86. ff. ad leg. Falcid. l. 2. l. 3. l. mulier. 22. §. 2. l. ſi patroni. 51. §. 2. l. deducta. 58. §. 3. ff. ad ſenatuſc. Trebell. l. 1. l. quanquam. 10. & l. ſeq. C. ad leg. Falcid. &c.* Nimirum quia ſenatusconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta eſt, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommiſſa univerſalia. Porro lex Falcidia hæredis potiſſimum cauſa lata fuit, ejusdemque etiam gratia tracta ad fideicommiſſa hæreditatis. *l poteſt hæres. 71. l. Titia. 86. in fin. ff. ad leg. Falcid. junct. §. ſed quia. 5. Inſt. de fideic. hæred.* cui conſequens, ut nec teſtator teſtamento ſuo prohibere potuerit, ne hæres commodo Falcidiæ uteretur. *l. quod bonis. 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. inde Neratius. 19. ff. ad ſenat. Trebell. l. ſi ut allegas. 11. C. ad leg. Falcid.*

Primus Juſtinianus Falcidiæ locum eſſe noluit, ſi teſtator expreſſim vetuerit hæredem ea uti. *Nov. 1. c. 2. in fin.* ſumpta *auth. ſed cum teſtator. C. ad leg. Falcid.* Idem Imperator jam ante caverat, ut etiam hæres, qui inventarium facere neglexiſſet, beneficio legis Falcidiæ privaretur. *l. ult. §. pen. C. de jur. delib.* quod & repetit *d. Nov. 1. c. 2. §. 1.* Quæ Juſtiniani conſtitutiones occaſionem præbuerunt interpretibus quærendi, an quæ Imperator illic cavet circa quartæ Falcidiæ prohibitionem & amiſſionem, etiam pertineant aut trahi debeant ad quartam quam vocant Trebellianicam, ut & hujus detractionem teſtator poſſit prohibere, & hæres quoque commodum ejus non confecto inventario amittat. Quæ forte quæſtio ab illis mota non fuiſſet, ſi id, quod modo diximus & demonſtravimus, obſervaviſſent, nunquam alio nomine veteribus quartam ſenatusconſulti appellatam, quam Falcidiæ. Ex eo enim didiciſſent appellatione Falcidiæ etiam quartam ſenatusconſulti contineri, nec improprie, ut illi, ſed proprie, ſi uſus proprietatem ſpectemus, non vocis. Ac proinde poſitis terminis habilibus, atque in dubio ubi nulla expreſſim differentia conſtituitur inter quartam, quam hæres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hæreditatis, quidquid de Falcidia jure cavetur, ex æquo ad utramque Falcidiam pertinere. Atque omnino veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe. Nunc vero tametſi crebrius eo itum eſt, atque id paſſim uſu receptum, ut etiam detractio quartæ ſenatusconſulti ex auctoritate *d. Nov. 1. c. 2.* expreſſe prohiberi poſſit, propter communem rationem prohibitionis permiſſæ, quæ hæc eſt, ut impleatur defuncti voluntas. *Gomez. lib. 1. reſol. c. 5. n. 11. Clar. §. teſtamentum. qu. 62. Mantic. lib. 7. de conject. ult. vol. tit. 11. & ſeq. Everh. in top. loc. 34. Gudelin. lib. 1. de jur. nov. cap. 1. Perez. pat. C. ad ſenat. Trebell. n. 20. Grot. lib. 2. introd. c. 20. Gail. 2. obſ. 138. n. 15. Grœnevv. de leg. abrog. ad dict. auth. ſed cum teſtator.* Tamen ob inventarium non confectum major pars DD. cenſere dicitur hæredem non amittere quartam Trebelliani, & ſecundum hoc ſæpiſſime judicatum eſt. *Clar. d. §. teſtamentum. quæſt. 63. deciſ. Cur. Holland. 3. Gail. d. obſ. n. 3. & 6. Mynſing. 3. obſ. 60. Chriſtin. vol. 1. deciſ 317. & vol. 4 deciſ. 51. Perez. in Cod. de jur. delib. n. 14. Fach. 4. contr. 38. Grœnevv. ubi ſupra.* Quod profecto mirum eſt, nam & amiſſionis quartæ Falcidiæ ob non confectum inventarium eadem ratio eſt in hærede fiduciario, quæ in hærede Falcidio, violenta nimirum præſumptio fraudis & ſubtractionis rerum ab hærede factæ, ob quam cauſam hanc pœnam eum luere vult Juſtinianus ποινὴν, ut ipſe loquitur, τῆς ἑαυτοῦ κακουργίας, διότι παρέβη τὸν νόμον, quæ præſumptio proinde abſoluta eſt, jurisque & de jure. Aut igitur hæres fiduciarius non tenetur inventarium facere; aut ſi tenetur, quod in

in confeſſo eſt, ſi non fecerit, dignus erit, qui eadem pœna malignitatis ſuæ & παραβάσεως multetur: & alioqui liberam habebit graſſandi in hæreditate facultatem. Sed & in *d. Nov.* 1. *c.* 1. *in pr.* etiam de hæredibus fiduciariis & fideicommiſſariis univerſalibus Juſtinianus agit, ad quos proinde & ſequentia recte referuntur, & quod in *d. c.* 2. §. 1. *ejuſd. Nov.* traditur de citatione fideicommiſſariorum, etiam ad univerſales, quorum præcipue intereſt, pertinet. At, inquiunt, leges correctoriæ non ſunt extendendæ, odia reſtringenda, &c. Cur igitur, inquam, ex eo quod Juſtinianus teſtatori permiſit prohibere detractionem quartæ Falcidiæ, inferunt etiam conceſſum eſſe teſtatori prohibere retentionem Trebellianicæ? Quin etiam ipſi DD. communiter poſt Gloſſam in & per text. *c.* 5. *Nov.* 118. admittunt etiam legis novæ & correctoriæ, rationem correctionis exprimentis, extenſionem fieri poſſe ob identitatem, ut loquuntur rationis. *Gomez. ubi ſupra num.* 11. & ibi citati. Denique nulla in propoſito fit extenſio, ſi veterum loquendi conſuetudinem, ut ante probavimus, ſpectemus. Atque hæc ſententia, refragante licet Diod. Tulden. *comm. ad Inſt. tit. de legat. c.* 3. qui nec à teſtatore prohiberi poſſe quartæ ſenatusconſulti detractionem contendit, mihi veriſſima videtur: quam etiam ſequitur *Preſ. Everh. d. loc. n.* 5. *Gudelin. d. c.* 11. *Charond. lib.* 13. *reſponſ.* 68. *Ant. Fab. Cod. for. ad ſen. Treb. defin.* 5. *& de jur. delib. defin.* 23. Cacheranus *deciſ. Pedement.* 147. ſupra ſexaginta Doctores hujus ſententiæ aſſertores citat. Excipiunt vero liberos primi gradus, quoniam nec his prohiberi poteſt deductio quartæ Trebelliani, per *l.* 6. *C. de ſenat. Trebell.* In quo tamen & ipſo inſignis & non unus error eſt. Primum, quod firmamentum hujus exceptionis ponunt in *d. l.* 6. quæ Zenonis eſt, cum ante conſtitutionem Juſtiniani in *d. Nov.* 1. *c.* 2. nec in extraneis Falcidiæ aut Trebellianicæ deductio prohiberi potuerit. Secundo, quia illa exceptio non eſt de regula: nam reſpicit tantum liberorum legitimam, quæ eis ne nunc quidem ſine juſta cauſa auferri poteſt: admiſſa vero duplici in liberis detractione, de qua agimus quæſtione ſequenti, quin detractio Trebellianicæ, in qua non liberorum, ſed cujuſvis alterius hæredis jure cenſentur, iis prohiberi poſſit, nullus dubito. Tertio, quod ſolos liberos & primi gradus excipiunt, cum excipiendi ſint omnes, quibus legitima relinqui debet, quique ea non relicta de inofficioſo queri poſſunt, proinde parentes quoque, item fratres ac ſorores conſanguinei rogati hæreditatem reſtituere turpi perſonæ. Poſtremo, quod eandem exceptionem ponunt etiam ubi liberi hæredes Falcidii aut Trebellianici inventarium facere neglexerunt: de quo mox ex profeſſo. Plane ſi hæres pure rogatus hæreditatem reſtituere, eam ſtatim quoque reſtituerit, poterit excuſari, eo quod ideo videatur omiſiſſe confectionem inventarii, quia id onus jam non ad ſe, ſed ad fideicommiſſarium pertinere exiſtimavit.

Proxima ſuperiori quæſtio eſt, an liberi ex cauſa non confecti inventarii amittant legitimam? Qui negant extraneum hæredem ob non confectum inventarium amittere Trebellianicam, iidem non potuerunt non negare liberos ex eadem cauſa amittere legitimam. Sed tamen & qui affirmant ex ea cauſa extraneos amittere Trebellianicam, negant tamen liberos amittere legitimam. Et quamvis explorati juris ſit, hanc eſſe pœnam hæredis inventarii confectionem omittentis, quod privetur quarta falcidiæ, tamen ob eandem cauſam liberos non privari legitima longe pars maxima interpretum pro comperto habet. *Gail.* 2. *obſ.* 138. *n.* 14. *Fachin. lib.* 4. *controv. c.* 34. *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 317. *n.* 6. *& ſeqq. Ant. Fab. Cod. ſuo for. de jur. deliberand. defin.* 23. *& ad ſenat. Trebell. defin.* 5. ubi in notis ait, neminem dubitare, quin liberis ſalva maneat retentio legitimæ, etiamſi inventarium facere neglexerint. Sed tamen non unus eſt, qui contrarium docuit, *Salicet. in auth. ſed cum teſtator. C. ad leg. Falcid. & in l. ult. § ſi quis autem. n.* 4. *C. de jur. delib. Sarmient. lib.* 2. *ſelect. interp. c.* 7. *Covar. in c. ſi hæredes.* 10. *ext. de teſtam. Cacheran. deciſ.* 148. *à num.* 1. *uſque ad* 6. & inter alios quoque *Cujac. in expoſ. d. Nov.* 1. eamque ſententiam etiam probatam fuiſſe viro clariſſimo D. Petro Cunæo beatæ memoriæ Collegæ quondam meo in poſterioribus ejus curis manuſcriptis comperi: & veram eſſe ipſe quoque exiſtimo. Enimvero ſi quæſtio ita, uti potius oportebat, proponeretur, an etiam in liberis ob inventarium non confectum locus eſſet præſumptioni κλοπῆς & κακουργήματος, quod hæreditas fuerit ſolvendo, & ſi nihil ſurripuiſſent, μηδὲν ἐκακούργησαν, quod legatis & fideicommiſſis exolutis ſatis adhuc ad quartam Falcidiæ aut legitimam iis ſupereſſe appareret; neſcio an multi hoc negaturi ſint: nam ſane cum Juſtinianus in *d. Nov.* 1. *c.* 2. ſimpliciter & ſine ulla hæredum diſtinctione loquatur, eam ad hæredes extraneos reſtringere difficile eſt. Quin idem Imperator in *l. ult.* §. 1. §. 2. *&* §. *ſin vero*, 12. *C. de*

jure

jure delib. diſerte loquitur tam de ſuis hæredibus ſe immiſcentibus, quam de extraneis adeuntibus. Et cum utique etiam liberi inventarium facere teneantur, fieri nequit, ut eo omiſſo non in eandem quoque pœnam propter præſumtionem, quam piximus, cum cæteris incidant, ut & Falcidiæ beneficio priventur, ſolidaque legata & fideicommiſſa præſtare debeant, etſi vires excedant patrimonii. Si igitur tenentur de propria ſubſtantia πληρῶσαι, complere legatarios & fideicommiſſarios, *d. Novell.* 1. *c.* §. 2. *in pr.* quis color hic prætexi poterit deductioni aut retentioni ſive Falcidiæ ſive legitimæ; Unam enim in liberis jure civili atque eandem portionem hæ duæ hic efficiunt: unde & ipſa legitima à Papiniano & Ulpiano Falcidia appellatur in *l. Papinianus.* 8. §. *meminiſſe* 14 *in fin. ff. de inoff. teſtam.* ut & ab ipſo Juſtiniano in *l. quæ nuper.* 31. *C. de inoff. teſtam.* atque aucta legitima etiam Falcidia in liberis aucta intelligi debet. *Govean. lib.* 2. *var. lect. c.* 1. *Cujac. ad Nov.* 18. *c.* 1. Quid quod poſita ſuperiore πρόληψις, quam probavimus eſſe juris & de jure, non tam amittunt liberi legitimam, quam eam integram jam habere præſumuntur. Non magni itaque momenti ſunt, quæ objiciuntur: qualia quod legitima debeatur tanquam æs alienum; quod nullum recipiat onus aut gravamen; quod nonniſi ex cauſis, quæ de inofficioſo querelam excludunt, amittatur. Nam proprie loquendo legitima non eſt debitum, ac ne naturale quidem, quamvis ita propter certos effectus vocetur in *l. ſcimus.* 36. §. 2. *C de inoff. teſtam. l. un. in pr. C. de impon. lucrat. deſcript.* & adita non confecto inventario hæreditate confunduntur actiones, hæresque quod ſibi à defuncto debetur, amittit. *l. ult.* §. *in computatione.* 9. *C. de jur. delib.* nec querela datur, niſi præteritis aut exhæredatis: denique nec ex cauſa ingratitudinis aut inobedientiæ hanc ſententiam defendimus, ſed ex ſupradicta ratione legis præſumentis inventarium non facientes ipſos ſibi ſatis proſpexiſſe, niſi quis exiſtimet, quod humanum videtur, hanc præſumptionem contra liberos non eſſe tam vehementem, quin per rei veritatem elidi poſſit, ſi forte ipſi liberi, quibus jure naturæ deberi legitima dicitur, hæreditatem non eſſe ſolvendo doceant; maxime cum legatarii & fideicommiſſarii certent de lucro captando: quo inclinare videtur Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *diſp.* 12. *theſ. penult.*

CAP. XXIX.

Filius hereditatem reſtituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quid hic uſu receptum?

VEriſſima ſententia eſt, filium heredìtatem reſtituere juſſum jure civili unica deductione ſive legitimæ ſive Trebellianæ portionis contentum eſſe debere: atque oppido quam alienum eſt à ratione juris civilis, quod de duplici detractione jure Pontificio cautum eſt in *c. Raynutius. & c. Raynaldus. ext. de teſtam.* Rationes hæ ſunt. Primum, quia harum portionum hoc proprium eſt, ut una in alteram imputetur, & conſequenter alteram conſumat. *l. ſi mulier.* 22. §. 2. *ff. ad SC. Trebell. l. in quartam.* 91. *ff. ad leg. Falcid. junct. l. ſi quando* 35. §. 2. *C. de inoff teſtam. l.* 8. §. *ſi quis.* 15. *ff. eod.* 2. Quia alias eadem ratione etiam quartam Falcidiæ de legatis & fideicommiſſis ſingularum rerum, & ſimul legitimam filius hæres inſtitutus detrahere deberet: quod tamen nemo dixit, quanquam id tentat Zypæus apud *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 245. *n.* 12. ſed arg. juris in *d. ca. Raynutius.* conſtituti 3. Quia ſic hæres fideicommiſſarius nonniſi ſemiſſem hæreditatis, & nonnunquam etiam minus conſequeretur, nempe eo caſu, quo propter numerum liberorum ipſa legitima eſt ſemis. 4. Quia ubi ex alia lege portionis alicujus fit deductio, lex Falcidia & ſenatuſconſultum ceſſant. *l.* 1. §. *pen. ff. ſi cui plus quam per leg. Falcid. l. Papinianus.* 8. §. 9. 11. *&* §. *ſi quis.* 15. *ff. de inoff. teſtam.* 5. Quia teſtatoribus omnibus jure civili conceſſa eſt libera poteſtas diſponendi de dodrante tototum bonorum. *l.* 1. *ff ad leg. Falcid.* & parentibus utique aucta poſtmodum quantitate Falcidiæ ſeu legitimæ in liberis, de beſſe aut ſeptunce. 6. Per textus expreſſos in *l cohæredi.* 41. §. 3. *ff. de vulg & pupill. ſubſtit. l.* 6. *C. ad ſenat. Treb. l. liberto.* 21. §. 2. *ff. de ann l. filium.* 24. *C. fam erciſc. l. quamquam.* 10. *C. ad leg. Falcid.* quibus omnibus locis in terminis noſtris quadrante duntaxat retento dodrans reſtituitur. Denique ipſe Juſtinianus *Nov.* 1. *cap.* 1. §. 1. ſatis aperte ſolius legitimæ deductionem liberis oneratis concedit. Eſtque veritatis hujus ſententiæ tanta evidentia, ut & veterum interpretum multi, *Joan. Gloſſat Cynus. Bart. Bald. Fulgoſ. Jaſon. &c.* ipſaque Gloſſa in *d. c. Raynutiu.*

nutius, & recentiores fere omnes, non modo Hotomannus *qu. illuſtr.* 4. Donellus *lib.* 7. *comm. cap. ult.* Bachov. *ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 14. *theſ.* 2. ſed etiam Pontifici Romano addicti, Goveanus in *l* 1 *ff. ad leg. Fa cid. num.* 9. *&* 10. *Cujac.* 8. *obſerv.* 3. *Gail.* 2. *obſ.* 121. *num.* 4. *Ant. Fab. deciſ* 11. *err.* 7. *& Cod. forenſ. de codicill. defin.* 7. *Tulden. in Cod. ad ſenat. Trebell. n.* 4. *Perez. ad Cod. eod. tit. num.* 11. veram eam eſſe ultro fateantur, Pontificesque Innocentium & Gregorium excuſent, quod ſecuti communem interpretum errorem, ſecus conſtituerint. Pauci vero admodum ſunt ex neotericis, qui etiam juri civili convenire conſtitutionem Pontificiam contendunt, atque inter hos facile primas tenet Ant. Fachinæus *lib.* 5. *contrev. c.* 2. Cæterum ille in hoc ab aliis *Anton. Contio lib.* 1. *diſp. jur. civil. Peregrino tract. de fideicomm. art.* 3. *n.* 5. diſcrepat, quod ingenue fatetur duplicem illam detractionem legitimæ ſimul & Trebellianicæ non convenire juri Digeſtorum aut Codicis, eamque tantum defendit quaſi conſentaneam juri noviſſimo, conſtitutioni videlicet Juſtiniani *Nov.* 39. *cap.* 1. cæteri vero quaſi convenientem & juri antiquiori. Horum argumenta cum jam dudum à doctis viris pleniſſime confutata ſint, & noviſſime à nobiliſſimo & cl. viro D. Ja. Mæſtertio, collega noſtro *lib.* 2. *de juſt. leg. Rom. c.* 48. nos eorum ſummam duntaxat colligemus, breviterque ſingulis reſpondebimus; deinde nobis res erit cum D. Fachinæo.

Ajunt igitur, cum duæ iſtæ quartæ ex diverſo jure promanent, legitima ex jure naturæ, Trebellianica ex ſenatusconſulto, alteram alteri obeſſe non oportere, quemadmodum nec prælegata imputantur in Falcidiam, ſed hæres & ea ex beneficio teſtatoris, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinet. 2. Quod legitima detrahatur tanquam à filio, Trebellianica tanquam ab hærede; nihil autem abſurdi ſit, unum & eundem duplicem ſuſtinere perſonam, & inde duplex commodum capere. *l. ſi tutorem.* 22. *ff. de his quæ ut indig.* 3. Quod novum non eſt, ut duplex deductio & gemina deducendi cauſa concedatur. *l. quotiens.* 67 *ff. ad leg. Fa cid.* 4. Argumentum ducunt ex *l.* 3. §. 1. *ff. ad SC. Trebell.* ubi duplex deductio permitti videtur Falcidiæ & Trebellianicæ. 5. Quod æs alienum non imputetur in quartam. Ad primum reſpondeo, id non procedere, quando utrumque ejus naturæ eſt, ut unum alterum excludat. *l.* 34. *ff. de O. & A.* Deinde imputari in Falcidiam, quicquid hæres jure hæreditario capit; quo jure in propoſito filius legitimam conſequitur; in Trebellianicam, de cujus detractione hic diſputamus, etiam quod jure legati aut fideicommiſſi, *l. in quartam.* 91. *ff. ad leg. Falcid. l. mulier.* 22. §. 2. *ff. ad ſenat. Trebell.* ſicut & in legitimam. *l.* 8. *l. ſi quando.* 35. *Cod. de inoff. teſt.* §. *ult. Inſt. eod.* Ad ſecundum reſpondemus ex *l* 8. §. *ſi quis.* 15. *ff. de inoff. teſt. & l.* 1. §. *pen. ff. ſi cui plus quam per leg. Falcid.* ubi itidem unus & idem duas perſonas ſuſtinet, & tamen una duntaxat quarta deducitur. Hoc tantum inde ſequitur, filium optionem habere utro jure alterutrum conſequi velit. Quid quod nec verum illud eſt, quod ajunt, filium in propoſito duplicem ſuſtinere perſonam; nec enim aliter hic conſiderari poteſt, quam ut à patre hæres inſtitutus, quamvis oneretur fideicommiſſo. Ad tertium, unam tantum quartam in ſpecie *l.* 67. *ff. ad leg. Falcid.* deduci, hæredemque partem retinere ſuo jure, partem vitio legatarii. Ad quartum, in caſu *l.* 3. §. 2. *ff. ad ſenat. Trebell.* duplicem quidem deductionem fieri, unam de legatis, alteram de fideicommiſſo; ſed quæ ſi aſſem ſpectamus, unius tantum quadrantis deductio eſt. Ad quintum, quod legitima neque eſt in bonis filii, neque filio ut æs alienum debetur, alioqui neque per exhæredationem ea privari poſſet. Quin nec debitum eſt naturale: nullam enim certam portionem in bonis parentum filiis natura definivit: ſed improprie tantum ita vocatur propter varia privilegia, quibus Imperatorum conſtitutionibus donatur, & quia liberis non niſi ex graviſſimis cauſis ea adimi poteſt. Solum autem verum debitum hæres ſeorſum deducere poteſt, idque demum novo jure ei conceſſum, & nonniſi confecto inventario ſecundum conſtitutionem Juſtiniani in *l. ult.* §. *in computatione.* 9. *Cod. de jure delib.* Jam videamus quid ex noviſſimo jure pro tuenda illa duplici detractione afferat D. Fachinæus. Ille ex *Nov.* 39. *cap.* 1. ſic argumentatur: Quod filius reſtituere juſſus eſt, de eo illic poteſtas ei fit detrahendi quartam ex auctoritate ſenatusconſulti: at hoc tantum quod legitimam excedit, juſſus eſt reſtituere; quia legitima fideicommiſſo gravari nequit, &c. Reſpondeo verbis teſtatoris hæreditatem reſtitui rogantis etiam legitimam, ut ipſius hæreditatis portionem contineri, & legibus ſatisfieri, ſi legitimam filius quoquo modo ſalvam habeat. Nam nec ante illam Juſtiniani conſtitutionem legitima fideicommiſſo onerari potuit; ſed hoc ſcilicet effectu non potuit, ut filius ea vel parte ejus privaretur. Sic olim nec Falcidia nec Trebellianica fideicommiſſo gravari potuerunt, quæ tamen portiones ſunt hæreditatis, & quod dicitur legitimam non recipere ullum

 onus,

onus,accipiendum eſt de onere,quod ex diſpoſitione teſtatoris proficiſcitur *l.* 32. *C. de inoff. teſt.* non de eo quod ex ipſo jure hæreditario exurgit, de quo vide *quæſt.* 20. *lib.* 1 Quin potius ex illa ipſa *Nov.* 39. *cap.* 1. recte colligas, non poſſe filium plus quam portionem legitimam deducere, quia excipitur tantum caſus unus favorabilis, nempe ſi legitimæ deductio non ſufficiat ad juſtum dotis vel antenuptialis donationis modum: ultra vero quam ſatis ſit, quicquam deduci non permittitur, *auth. res quæ. C. comm. de leg.* Inſtat tamen Fachinæus, & hoc præcipue urget, quod legitima illic ipſo jure videtur eximi fideicommiſſo, nempe ut id intra beſſem conſiſtat; cujus proinde delibatio ex ſenatusconſulto recte fiat: quippe quod non minus ſuffragetur partem reſtituere rogato, quam totum aſſem. Reſpondentibus autem hoc obtinere in eo, qui tantum partem illam accepit, reliquo in cohæredes diſtributo, reponit filium ex providentia legis, non ex judicio patris, legitima potiri: ea vero demum in quadrantem Trebellianum imputari, quæ ex teſtamento obtinentur. At, inquam, ſi illud argumentum vim ullam haberet, etiam jam olim valere debuit. Deinde facile probatu eſt in caſu propoſito legitimam ex teſtamento, jureque hæreditario ad filium pervenire: quoniam in caſu filii inſtituti legitima hæreditatis pars eſt, quæ non abſorbetur fideicommiſſo; quippe quod intra beſſem conſiſtit, ut ipſe fatetur Fachinæus: & præſumendum eſt teſtatorem voluntatem ſuam ſubmiſiſſe auctoritati juris. Et quid quod alioqui filius vi ipſa à tota hæreditate videbitur excluſus, quod neſcio an quiſquam adhuc dixerit. Non movet, quod dos filiæ hæreditatem reſtituere rogatæ non imputetur, quoniam non eſt in hæreditate patris, ut reſpondet Papinianus in *l. pater filiam.* 14. *ff. ad leg. Falcid.*

Quod alterum membrum noſtræ quæſtionis attinet, lippis & tonſoribus notum eſt, jus illud duplicis detractionis, legitimæ ſcilicet & Trebellianicæ, jure Canonico liberis univerſali fideicommiſſo gravatis conceſſum in foro & judiciis ubique receptum eſſe. Cæterum hæc adhuc incerta ſunt. 1. Utrum illud jus tantum obtinere debeat in liberis primi gradus, an vero & in liberis graduum inferiorum. 2. An id obtineat in liberis fideicommiſſo puro gravatis, quod ſtatim reſtituendum eſt: an vero in gravatis fideicommiſſo conditionali aut in diem duntaxat. 3. An etiam obtineat, quando legitima liberorum excedit trientem. Quantum attinet ad primum dubium, Andr. Gailius. *lib.* 2. *obſ.* 133. *num.* 4. Jus duplicis detractionis, tanquam ex communi opinione, reſtringendum putat ad liberos primi gradus, motus argumento *l. jubemus.* 6. *Cod. ad ſenat. Trebell.* ubi Zeno liberis primi gradus, filiis aut filiabus hæredibus inſtitutis & hæreditatem reſtituere rogatis hoc beneficium concedit, ut ne cogantur fructus perceptos imputare in quartam Trebelliani; quod ad nepotes aut ulteriores ab avo vel proavo inſtitutos & ſimiliter gravatos non pertineat: quam ſententiam etiam probaſſe videtur ſupremus Hollandiæ ſenatus *deciſ.* 9. expreſſe eam probavit *Curia Friſ. apud Joan. à Sande lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 6. & ſenatus Sabaudiæ *Ant. Fab. C. forenſ. lib.* 6. *tit.* 27. *defin.* 4. Cæterum etſi vera quidem eſt hæc ſententia in nepotibus, quibus non debetur legitima, ſive quos pater, ex quo nati ſunt, præcedit, & efficit, ne avo ſint gradu proximi: nulla tamen profecto ratio eſt, cur non idem jus quod filio competit, ſummoto filio concedatur nepoti, qui jam proximum ab avo, & primum in ſuo ordine gradum obtinet, idemque plane juris in bonis avi habet, quod pater, in cujus locum ſucceſſit, habiturus fuiſſet, ſi vixiſſet, in bonis patris ſui, idque jure utroque & Canonico & Civili. Atque omnino eodem quoq; modo accipienda & temperanda eſt illa modo memorata Zenonis conſtitutio. *Pet. de Bellapert. in dict. l. jubemus.* & plures alii allegati apud *Sande. dict. loc. defin.* 6. *Grav.* 2. *concl.* 121. *n.* 6. & ita cenſuit Curia Hollandiæ *deciſ.* 17. *ſub fin.*

Secundum dubium peperit doctrina Gloſſæ in *l.* 8. *§. meminiſſe.* 14. *ff. de inoff. teſt.* diſtinguentis inter fideicommiſſum purum, quod illico reſtituendum eſt, & conditionale vel in diem, quod non ſtatim in reſtitutionem venit; nempe priore caſu filium unum tantum quadrantem, ſive legitimum, ſive Trebellianum deducere: poſteriore utrumque, legitimum ſtatim ut natura ſibi debitum, Trebellianum, ut quemlibet extraneum ex auctoritate ſenatusconſulti: quam diſtinctionem Bartolus in *l quanquam.* 10. *C. ad leg. Falc. & DD. comm. in l.* 6. *C. ad ſen. Trebell.* ſecuti ſunt, ut & *Covar in d. c. Raynutius. Gail.* 2. *obſ.* 121. & ſenatus Sabaudiæ apud *Ant. Fab. Cod. ſuo for. de codicill. defin.* 7. Rationem hanc afferunt, quod duæ deductiones eodem tempore concurrere nequeunt, & ideo cum fideicommiſſum purum eſt, una alteram impediat: cui & hanc addit Ant. Faber, non tamen ex ſua, ſed ex ſenatus Sabaudici ſententia, quod eo caſu dici non poſſit, utra prior deduci debeat. At cum ſub conditione vel in diem filius gravatus eſt, ſtatim filius deducit legitimam: ſed demum exiſtente conditione, aut veniente die, deducit Trebellianicam, non ut filius, ſed ut quilibet hæres extraneus hæreditatem alteri reſtituere rogatus, Ego vero

ſæpe

ſæpe miratus ſum hanc diſtinctionem cuiquum probari potuiſſe: quippe quæ nulla auctoritate, & ratione tam futi'i nitatur. Quin potius ex contrario filio rogato pure hæreditatem reſtituere duplex permittenda detractio, quia durius gravatur, quam rogato ſub conditione aut in diem, qui interim commodum hæreditatis ſentit, nec fructus perceptos quadranti ſenatusconſulti imputat. *l. 6. Cod. ad ſenat. Trebell.* Quamobrem recte conſilium Mechlinienſe in arreſto reviſionis, rejecta illa Gloſſæ & Bartoli diſtinctione, cenſuit, liberos non minus pure, quam ſub conditione aut in diem hæreditatem reſtituere rogatos utrumque commodum deducere poſſe juxta *dd. cc. Raynutius & Raynaldus.* in quam ſententiam extat & arreſtum præfecturæ Pariſienſis apud Ann. Robertum *lib.4. rer. jud. cap.* 17. eamque & Curia Hollandiæ ſecuta eſt *deciſ.* 17. & Curia Friſiæ, apud *Sande lib. 4. tit. 7. defin. 4.* De tertio quid ſtatuendum ſit, adhuc minus liquet. Equidem Baldus *lib. 2. conſ.* 94. ex facto conſultus reſpondit, ubi legitima portio pro numero liberorum eſt ſemis, non duplicem portionem ſed unam tantum, nempe legitimam detrahi, adjecta hac ratione, ne plus ex hæreditate capiat, qui eam reſtituere juſſus eſt, quam is, cui ea eſt reſtituenda; plus is qui gravatus eſt, quam qui honoratus. Baldum ſecutus eſt Decius *conſil.* 228. *ſub fin.* item *Covar. in d. c. Raynutius.* §. 11. *n.* 6. ubi ait & Molinæum huic ſententiæ ſubſcribere *lib. 7. conſ.* 3. Sed & uſu ita ſervari videtur innuere Anton. Faber *error. pragm. deciſ.* 11. *c.* 9. ubi aſſerit pragmaticos, ſive legitima ſit triens, ſive ſemis pro numero liberorum, ſemper ita ſtatuere, ut ſi quis ex liberis portionem, quam ab inteſtato habiturus eſſet, juſſus ſit reſtituere, hæreditas æquis partibus inter hæredem gravatum & fideicommiſſarium dividi debeat. Atque ita quoque ſupremum apud nos ſenatum aliquando judicaſſe accepi. Alii tamen contra ſtatuunt, nempe liberos gravatos, quo caſu legitima eorum ſemis eſt, deducere poſſe ſeptuncem cum ſemuncia. *Cravett. conſ.* 54. *Cagnol. ad l. Papinianus.* 8. §. *meminiſſe.* 14. *ff de inoff. teſt. Theſſaur. deciſ. Pedemont.* 252. *Joan à Sande deciſ. Friſic. lib. 4. tit. 7. deciſ. 7. Fachin. lib. 5. contr. cap.* 3. ubi & hanc ſententiam communem aſſerit; uti & *Grav. d. concl.* 121. *conſid* 1. *n.* 2. & 3. qui etiam plures allegat. Atque eo quoque inclinare videtur *Chriſtin vol. 1. deciſ.* 245. *n. 7.* & *deciſ.* 385. *in fin.* quanquam nihil definit. Et poſterior hæc ſententia probabilior eſt: ſive verba ſive rationem conſtitutionis Pontificiæ in *d. c. Raynutius,* conſideremus. Nam & ſine ulla reſtrictione numeri liberorum gravatis duplicem detractionem concedit, legitimæ & Trebellianicæ: & ideo concedit, quia altera illis ut liberis debetur, alteram etiam quilibet extraneus reſtitutione gravatus deducit. Nec magis abſurdum eſt, v. c. quinque liberos nomine legitimæ plus detrahere, quam quatuor aut pauciores, quam abſurdum eſt iis nomine legitimæ plus deberi; nec quinque liberos ſimul paulo plus, pro favore tam copioſæ ſobolis, ex bonis parentum conſequi, quam extraneum forte unum, cui reſtituenda hæreditas. Sunt, qui & ad parentes id jus producunt, ut & ipſis hæreditatem rogatis reſtituere, duas quartas detrahere liceat. Vid. *Vaſq. tom. 2. de ſucceſſ. progreſſ. lib.* 3. §. 26. *n.* 36. *Grav. d. concl.* 121. *conſid.* 2. *n.* 6. ſed cur igitur non etiam ad fratres idem producunt rogatos hæreditatem reſtituere turpi perſonæ: nam & illi exhæredati aut præteriti hoc caſu de inofficioſo agere poſſunt? Vid. *Cravett. conſ.* 10.

CAP. XXX.

Utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in ſtirpes, an in capita ſuccedant?

QUæſtio hæc à multis tractata eſt; ſed neſcio an ab ullo ita, ut nihil amplius deſideres, & qui ſcrupulum omnem penitus exemerit. Jure veteri certum eſt fratrum filios in capita non in ſtirpes ſucceſſiſſe. *l. 2. §. 2. de ſuis & leg. hær.* nec de hoc jure quicquam mutatum conſtitutionibus poſteriorum Imperatorum, ac ne Juſtiniani quidem in Codice. *l. pen. & l. ult. §. 3. Cod. de legit. hæred. §. hoc etiam. 4. Inſt. de leg. agn. ſucc.* Nec mirum, quia & nunquam jure repræſentationis veniebant, ut cum thiis ſuis concurrerent, aut patruos excluderent defuncti, ejuſve fratres licet ex uno parente duntaxat conjunctos, niſi prærogativa agnationis: non enim cognatis, ſed agnatis proximis lege ferebatur hæreditas, *l. 2. §. legitima 4. ff. de ſuis & legit. hæred §. 1. Inſt. de leg. agn. ſucc.* quam agnationis prærogativam demum penitus ſuſtulit Juſtinianus *Nov.* 118. *c.* 4. unde ſumptæ authenticæ, quas Irnerius *tit. C. de legit. hær.* inſeruit. Eadem autem Juſtiniani conſtitutio cauſam dedit quæſtioni, quam hoc loco tractandam ſuſcepimus. Sic igitur ille in *c.* 3. *d. Nov.* 118. tertium ſuccedentium ab inteſtato ordinem, id eſt, lateralium, ſublato veteri agnationis & cognationis diſcrimine, diſponit.

Primum in hac ſucceſſione locum obtinere vult fratres ſororesque germanos ſive ex utroque latere conjunctos, cum quibus tamen admittit & fratrum eorum defunctorum filios jure repræſentationis, ut tantam partem ferant, quantam pater eorum habiturus fuiſſet: & quamvis ſoli ſint, eos tamen vult præferri defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis; quemadmodum pater eorum, ſi vixiſſet, non tantum thios defuncti, ſed etiam eosdem defuncti fratres, tam conſanguineos, quam uterinos vi ejusdem conſtitutionis excluſiſſet. Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres conſanguinei, idem jus habent, quod germani, & ad patruos æque ut ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet, nec non ad avunculos æque ac ad filios ſororum honoraria. *l.* 1. §. *antepen. & pen. l.* 2. §. 4. *de ſuis & leg. hær. l.* 1. §. *pen. ff. unde cogn.* Poſt fratres germanos eorumque demortuorum filios ad hæreditatem vocat fratres defuncti ex altero tantum parente conjunctos, conſanguineos & uterinos, unaque cum his eorum præmortuorum filios in ſtirpes. Quod ſi neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, tunc admittit collaterales cæteros, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione junctos. Quo autem quisque proximior eſt, ita alterum vult excludere: & ſi plures ſint ejuſdem gradus, in capita familiam erciſci. Hinc, inquam, nata eſt propoſita quæſtio; Utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, ſeu quando non concurrunt cum thiis ſuis, id eſt, patruis aut avunculis, in ſtirpes ſuccedere debeant, ut ſi unus è fratribus filios pauciores, unum forte aut duos; alter plures, quatuor puta aut quinque reliquerit, hi quatuor aut quinque non majorem partem conſequantur, quam ille unus aut duo; an vero in capita, ut in tot partes hæreditas dividatur, quot ſunt perſonæ ſuccedentium? Azo cenſuit eos in capita ſuccedere; Accurſius in ſtirpes. Azonis ſententia vi ipſa unico tantum defenditur argumento, nempe quod ea & juri veteri, & poſterioribus quoque conſtitutionibus conſentanea ſit, nec oſtendi poſſit Juſtinianum quicquam in caſu propoſito innovaſſe. Accurſius eumque ſecuti prius fatentur, poſterius negant, & in hac quoque parte jus vetus à Juſtiniano mutatum contendunt, moti variis rationibus. Sic enim illi primo argumentantur. Qui jure repræſentationis ſuccedunt, non aliter ſuccedere poſſunt, quam in ſtirpes, cum non amplius capere poſſint, quam is, cujus perſonam repræſentant, accepturus fuiſſet. §. *cum filius* 6. *Inſt. de hæred. quæ ab inteſt.* At filii fratrum ſuccedunt jure repræſentationis. Ergo, &c. Qui partes Azonis tuentur, reſpondent falſam eſſe iſtius argumenti aſſumptionem, ſi in ſenſu diviſo, quod hic quæritur, accipiatur, id eſt, quando fratrum filii ſoli ſuccedunt. Nam Juſtinianum in *dict. cap.* 3. *Nov.* 118. eo tantum caſu filios fratrum jure repræſentationis ſuccedere velle, quando concurrunt cum thiis ſuis: quippe cum hoc caſu ex ſua perſona ſuccedere non poſſint, quoniam uno gradu remotiores ſunt fratribus defuncti, ne his injuria fieri videatur, jus repræſentationis introducendum fuiſſe, ut in patris ſui locum ſuccederent, atque ex perſona ejus vocarentur: quod neceſſarium non ſit, cum ſoli reperiuntur, & propria ex perſona ſuccedere queant. Neque enim generaliter voluiſſe Juſtinianum, ut ſemper eſſet repræſentationi locus filiis fratrum ſuccedentibus vel ex eo liquere, quod non ſtatim idem jus conſtituit, cum fratres ſuccedunt una cum parentibus, quod fecit demum *Nov.* 127.

Secundo proferunt Accurſiani exemplum nepotum, quos conſtat in ſtirpes ſemper ſuccedere ſive ſuccedant cum patruis ſuis, ſive ſoli, quaſi poſt conſtitutionem Juſtiniani eadem plane ſit ratio filiorum fratrum, quæ nepotum & olim fuir & nunc eſt. Sed bene reſpondent ſectatores Azonis, duas haſce ſpecies certo jure diſtinctas eſſe. In linea recta deſcendentium nunquam proximitatem ſpectari. §. *cum filius. & §. ult. Inſt. de hær. quæ ab inteſt.* in linea tranſverſa perpetuo & ſolam. *Inſt. de leg. agn. ſucc. in pr. & pr. Inſt. de ſucc. cogn. l.* 3. *C. de leg. hær.* unde unum tantum illum caſum, nempe cum fratrum filii cum thiis ſuis concurrunt, exceperit Juſtinianus. Denique & hoc vel maxime Accurſius urget, quod fratrum filii excludunt defuncti patruos, & avunculos, qui eodem gradu ſunt. *dict. cap.* 3. *verſ. quandoquidem.* Cui argumento reſpondetur, quod etiam excludunt fratres ex uno tantum latere conjunctos, qui uno gradu ſunt proximiores: nec tamen inde ſequatur eos hoc caſu ſuccedere jure repræſentationis, non magis quam ſi quis dicat, filius & filia excludunt patrem & matrem, qui eodem gradu ſunt; ergo ſuccedunt jure repræſentationis: aut frater ex utroque parente defuncto conjunctus præfertur fratri ex altero duntaxat conjuncto, qui tamen eodem gradu eſt, ergo jure repræſentationis ſuccedit. Concludit igitur Azo fieri poſſe, ut aliqui patri gradu conſtituti jure proximitatis ſoli ſuccedant, excluſis iis qui eodem gradu, aut etiam proximiore ſunt, ſi illorum jus ſit potius: ſicut ex conſtitutione Juſtiniani potius

eſt

eſt jus filiorum fratris, tanquam deſcendentium, quam patruorum, qui inſtar ſunt adſcendentium, & jus fratrum germanorum eorumque filiorum, propter duplex vinculum, quam conſanguineorum tantum aut uterinorum, *Hotom. illuſtr. quæſt. c.* 14. *Zaſ. lib.* 1. *intellect. ſing. c.* 7.

Atque hæc quidem ita pro defenſione Azonis ſententiæ, cui & ipſe alibi acquieſco, non improbabiliter diſputari videntur: ſed vereor, ne non ſatis ex mente & ſententia Juſtiniani. Sane verbis *d. Nov.* 118. *cap.* 3. Azonis opinio minus convenit. Poſtquam enim Juſtinianus fratrum germanorum filios una cum fratribus germanis ad ſucceſſionem defuncti admiſiſſet jure repræſentationis, ut ſcilicet locum patris ſui obtinerent, & tantum conſequerentur, quantum pater eorum habiturus fuiſſet: mox ſubjicit, ὅθεν ἀκόλουθόν ἐστιν, unde conſequens eſt, ut iſtorum fratrum filii fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis præponendi ſint. Ex quo vero? ex eo nempe, quod eos venire voluit ex perſona patris ſui. Huic enim conſequens eſt, ut fratribus defuncti conſanguineis tantum aut uterinis præferantur, ſicut pater eorum, ſi viveret, iisdem præponeretur, ut ipſe Imperator ibidem ait. At inde, inquam ego, & hoc conſequens eſt, & ſententiæ Juſtiniani conveniens, ut etſi defunctus nullos fratres germanos reliquit, ſed horum filios duntaxat, fratresque uterinos aut conſanguineos, iſti fratrum germanorum filii hoſce thios ſuos excludant non proprio aut proximitatis jure, ſed repræſentationis: ac proinde non in capita, ſed in ſtirpes hæreditatem dividere debeant. Præterea in *cap.* 3. *verſ. quandoquidem igitur.* ait Juſtinianus ex eo quod filiis fratrum tam ex uno quam ex utroque latere conjunctorum talem prærogativam, τοιοῦτο προνόμιον dedit, manifeſtum eſſe eos etiam thiis defuncti præponendos eſſe, quamvis gradu paribus: unde iterum liquet, eos ne hoc quidem caſu ex ſua perſona, quia ſunt proximiores, thiis defuncti anteponi, ſed ex perſona patris ſui, quem repræſentant, & cujus locum ſubeunt; ac proinde etiam hoc caſu non in capita, ſed in ſtirpes ex ſententia Juſtiniani eos ſuccedere neceſſe eſt. Etenim omnino hic conſiderandum eſt, quod Juſtinianus, ut apparet ex tenore totius iſtius *cap.* 3. *Nov.* 118. jus repræſentationis introduxit, non ad hoc ſolum, ut filii fratrum poſſent concurrere & ſimul cum fratribus defuncti, à quibus alioqui jure proximitatis excluderentur, ſuccedere; verum etiam ad excludendos alios, qui alioqui cum iis concurrerent, thios nimirum defuncti, qui pari ſunt gradu, & alias obſtarent, quominus illi ſoli jure proximitatis admitterentur. In fratrum autem germanorum filiis idem jus introductum, etiam ad excludendos eos, à quibus ipſi alioqui jure proximitatis excluderentur, fratres ſcilicet defuncti conſanguineos & uterinos. Hujus enim rei non alia ratio reddi poteſt, quam quod filii fratrum, citra hanc repræſentationis inductionem, neque cum fratribus defuncti concurrere, neque thios ejusdem excludere poſſunt: multoque minus fratrum, licet germanorum, filii fratres defuncti conſanguineos aut uterinos; quippe qui uno gradu ſunt proximiores. Nec verum eſt, quod contrariæ ſententiæ auctores ajunt, fratrum germanorum filios ideo præponi fratribus defuncti ex uno tantum parente conjunctos, quia propter duplex vinculum proximiores habentur: ſed illud verum eſt, propter duplex illud vinculum hoc beneficium iis datum eſſe, ut vicem patrum ſuorum ſuſtineant, & jure repræſentationis, quamvis uno gradu ſint remotiores, tales thios ſuos excludant. Similiter & illud, quod ajunt, ſucceſſiones facilius deſcendere, quam adſcendere, ſi juris noſtri rationem ſpectes, falſum eſt in linea tranſverſa: neque hanc novi juris à ſe conſtituti rationem affert Juſtinianus; ſed aliam, nempe quod voluit fratrum filios in locum patris ſui ſuccedere: quod etiam bene obſervavit Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *diſput.* 16. *theſ.* 5. & *Ant. Faber in diſp. forenſ.* quam ſubjecit libello *de var. nummar. debitor. ſolut.* Quamobrem ex ſententia Juſtiniani ſic omnino ſtatuendum videtur, fratrum filios, ſive cum iis, a quibus alias excluderentur, concurrant, ſive vocentur ad excluſionem aliorum, qui alias cum iis concurrerent, aut eos ipſos excluderent, non alio jure ad hereditatem admitti, quam repræſentationis, nec in capita, ſed in ſtirpes ſuccedere. Quid vero, ſi defunctus nullos fratres aut thios reliquerit, ſed fratrum filios duntaxat? Hic facile admittam in capita eos ſuccedere debere: quippe cum hic ex propria perſona venire poſſint; ac proinde non indigeant privilegio. Eſt enim jus repræſentationis fictio quædam, quæ nunquam inducitur, niſi ex neceſſitate: quanquam ne hoc quidem concedant Anton Faber & Bachovius. Et igitur, ſi iſto, quem dixi, ſenſu quæſtio propoſita, utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in capita, an in ſtirpes ſuccedant, accipiatur, haud gravate Azonis ſententiæ ſubſcribam: cum utique circa hunc caſum à Juſtiniano quicquam mutatum eſſe doceri non poſſit. Atque hæc Cujacii quoque ſententia eſt *parat. C. de legit. hered.* ubi negat exceptis tribus illis

illis, quos diximus caſibus, in linea collaterali, repræſentationi locum eſſe: item Fachinæi *lib. 6. contrev. cap. 3.* & Bronchorſtii *cent 3. aſſert. 69.* quæ etiam probata Senatui Sabaudiæ, teſte *Ant. Fab. Cod. ſuoforenſ. de legit. hæred. defin.* 1. Et eodem modo forte explicanda & limitanda conſtitutio Caroli Quinti, qua Azonis ſententiam in comitiis Spirenſibus confirmavit anno 1529. quod & Mynſingero viſum arguunt, quæ ſcribit *Cent. 3. obſ. 94.* Poſtquam hæc ſcripſeram, animadverti, & hanc Græcorum eſſe ſententiam ex Harmen. *lib. 5. tit. 8. num.* 21. ubi ſcribit: Si defuncto fratres non ſuperſunt, ſed filii fratrum duntaxat, præmortuis duobus aut tribus fratribus κατὰ πρόσωπον καὶ κεφαλικῶς αὐτῶν γίνεσιν ἡ κληρονομία, τουτέστιν, ὅσοι εἰσιν, ἐξίσου εἰς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται. per capita & in ſingulas eorum perſonas hereditas diſtribuitur, id eſt, quotquot ſunt, ex equis portionibus ad hereditatem vocantur. Quo jure in propoſito noſtrates utantur, cognoſci poterit ex *Ordin. polit. & placit. de ſucceſſ ab inteſtato. Grot. lib. 2. introduct. c.* 28 Nobis in hiſce quæſtionibus propoſitum non fuit indicare ſemper quid juris in quaque re legibus aut moribus noſtris obſervetur: & hoc forte aliis tædium afferret.

CAP. XXXI.

An in ſucceſſione fratrum conſanguineorum & uterinorum, diſcretio bonorum obſervanda? Et obiter an obſervanda in ſucceſſione aſcendentium?

DEficientibus inteſtato mortui liberis & parentibus, itemque fratribus ex utroque parente conjunctis, eorumque filiis, Juſtinianus ad hereditatem ejus vocat fratres ex uno tantum latere junctos, conſanguineos & uterinos. *Nov. 118. cap. 2. & 3.* qua conſtitutione ex parte quidem confirmat ea, quæ antea tum à Leone & Anthemio *l. 4. C. de bon. quæ lib. in pot.* tum ab eo ipſo *l. ult. C. comm. de ſucceſſ. Nov. 84. cap. 1. §. 2.* ſancita ſunt circa prærogativam eorum, qui duplici vinculo defuncto nexi; ſed ex parte etiam, & quidem maxima, mutat, admiſſis ſimul cum his, & primo quidem loco, parentibus defuncti proximis, quos antea excludebant; & ita admiſſis, ut illi quoque excludant fratres defuncti conſanguineos & uterinos, à quibus ipſi antea excludebantur. Quæſitum autem eſt, utrum hi fratres defuncti conſanguinei & uterini æqualiter in omnia bona defuncti fratris ex illa conſtitutione Juſtiniani ſuccedant; an ita, ut conſanguinei bona paterna uterini bona materna conſequantur, ſola autem aliunde quæſita æqualiter inter eos dividantur? Communis ſententia eſt, in hac ſucceſſione bona à patre profecta ad fratres conſanguineos, à matre profecta ad ſolos uterinos, pervenire. *Gomez ad leg. Taur. 8. n. 8. Graſſ. § ſucceſſio ab inteſtato quæſt. 32. Forſter. lib. 8. de ſucc. ab int. ca. 8.* unde illud, quo nihil vulgatius, paterna paternis, materna maternis deferri: quam ſententiam etiam amplexi ſunt Cujacius in *expoſ. Nov. 84. Don lib. 9. comm. 4. Gudelin. 2. de jur. noviſſ. 15.* Fundant autem hanc ſuam ſententiam in *l de emancipatis. 13. §. 2. C. de legit. hered.* Et ſane negari non poteſt, quin Juſtinianus illic fratres omnes ad ſucceſſionem fratris emancipati vocans excipiat bona materna, in quæ eos ſolos ſuccedere vult, qui ſunt ex eadem matre. Nam de ſolis fratribus germanis, ceu vult Fachin. *lib. 6. contr. c. 5.* id accipi conſuetudo loquendi non patitur: nec argumentum ex hoc loco ductum diluitur, ſi dicamus illic agi de caſu patris adhuc ſuperſtitis, quo propter uſumfructum, quem pater habet, evidentior eſt bonorum diſtinctio. Illud enim nihilominus manet ad bona à matre profecta ſolos ex illa conſtitutione vocari, qui ſunt ex eadem matre excluſis fratribus conſanguineis, quod Novella Juſtiniani lege 118. *c. 3.* negant eſſe mutatum. Sed videamus, an hoc, quod dicunt verum ſit. Equidem deciſio hujus quæſtionis non ex legibus Codicis, ſed ex noviſſima illa Juſtiniani conſtitutione petenda eſt. Et nos contra intrepide aſſerimus etiam id, quod à Juſtiniano in *d. l. de emancipatis.* §. 2. *C. de legit. hered.* conſtitutum eſt, per *d. Nov.* 118. *c.* 3. eſſe abrogatum. Nuſquam magis variant leges & conſtitutiones præſertim poſteriorum Principum, quam circa jura ſucceſſionum ab inteſtato, nec tantum circa ordinem deſcendentium, verum etiam aſcendentium & lateralium, uti videre eſt. *Inſt. de hered. quæ ab int. def. item de leg. agn. ſucceſſ. de Senat. Tertull. & Orfic. & ff & C. eod. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm de ſucceſſ. l. 13. & ll. ſeqq. C. de legit. hered. Nov. 84 c. 1. & 2 &c.* Juſtinianus autem omnia illa priora jura circa hereditates inteſtatorum, & ſuas quoque ipſius conſtitutiones

juſtè

juſſit ceſſare, ἄγραφον, *d. Nov.* 118. *in pr.* eaque ſola pro jure in poſterum ſervari, quæ illic tandem de novo conſtituit. Relinquitur igitur, ut & ex eadem Novella quæſtio propoſita decidatur. Quid igitur illic conſtituit Juſtinianus? Primo deficientibus defuncti liberis & parentibus, jubet fratres & ſorores utrinque conjunctos, eorumque demortuorum filios per repræſentationem ſuccedere in univerſa bona defuncti fratris. Poſt hos ſecundo loco vocat fratres ex uno tantum parente conjunctos, ſive per patrem, ſive per matrem, & ſimpliciter item ac ſine ulla bonorum diſtinctione. Hac igitur conſtitutione abrogatur *l. ult. C. comm. de ſucceſſ. Novell.* 84. §. 1. & 2. *cum ſimul.* quippe cum illic parentes excludantur non tantum à fratribus defuncti ex eodem matrimonio procreatis, ſed etiam progenitis ex alio: hic autem illi cum parentibus admittantur duntaxat, hi etiam à parentibus excludantur, & demum poſt parentes, quos antea excludebant, & poſt fratres germanos, in quo ſolo nihil mutatur de illarum conſtitutionum priorum jure, vocentur: & denique demum poſt fratrum germanorum filios, quibus ipſi ante hanc Juſtiniani Novellam præferebantur. In *l. de emancipatis.* §. 2. *C. de legit. hered.* quæ poſterior eſt *d. l. ult. C. comm. de ſucceſſ.* non tractatur ſimpliciter talis caſus, pro fratres ſibi invicem ſuccedunt, verum quo ſuccedunt fratri emancipato, concurrente patre defuncti quoad uſumfructum: hoc caſu ſi emancipatus reliquerit bona materna, in ea ſolos eos ſuccedere vult Juſtinianus, qui ſunt ex eadem matre; cætera bona defuncti in totam fraternitatem cedere: cætera, inquam, præter materna, ac proinde tam ea, quæ à patre forte profecta, quam quæ aliunde: & cedere, inquam tam iis, qui ex alio atque alio matrimonio procreati ſunt, quam qui ex eodem: nam ſub tota fraternitate comprehenduntur utique & conſanguinei & uterini. Quo colore igitur Interpretes ex hoc loco illud ſuum, paterna Paternis, materna maternis, elicere potuerunt? Sed & illud ipſum, quod circa eam ſpeciem Juſtinianus ibi conſtituit, poſtea ab eo ſublatum eſſe ſatis evidenter arguit *d. Nov.* 118. *cap.* 2. & 3. *in pr.* ubi cum poſt deſcendentes ſtatim vocaſſet adſcendentes defuncti proximos, & cum his ſimul ad hereditatem admiſiſſet fratres defuncti ex utroque latere junctos, mox deficientibus deſcendentibus & adſcendentibus ex lateralibus primo loco vocat eosdem defuncti fratres germanos, ubi nulla bonorum diſtinctio eſt, & poſt hos ſecundo loco fratres ex uno duntaxat parente conjunctos, ſive per patrem ſolum, ſive per matrem. Ex eo autem, quod poſt fratres utrinque conjunctos ſimpliciter & jure proximitatis, vocantur ex uno tantum latere juncti, conſanguinei cum uterinis, recte colligitur eos etiam ſimiliter, ut illos, æqualiter in omnia bona defuncti fratris ſuccedere debere, nec plus juris relinqui uterinis in bonis defuncti maternis, quam ejusdem fratribus conſanguineis; aut plus his, quam illis, in bonis profectis à patre. Atque hoc etiam efficit vera juris ratio, ſecundum quam ſucceſſio fit in univerſa defuncti bona, pariterque ad ſucceſſionem vocati æqualiter defunctum repræſentant. Quando autem [illegible]na, licet à diverſis parentibus profecta, ſemel alicui obvenerunt, unum fiunt & ſimplex ejusdem patrimonium inſuper habita cauſa acquiſitionis. Quod ſi bonorum origo & cauſa attenderetur, conſequens & rationis eſſet ut etiam conſanguinei cum fratribus utrinque conjunctis eorumque filiis admitterentur ad bona paterna: item ut in bonis maternis eodem modo cum fratribus germanis eorumque filiis concurrerent uterini. Denique ut ſi tantum ſint bona paterna, nulla materna uterinus à conſanguineo excluderetur; & ex adverſo, ſi nulla paterna, conſanguineus ab uterino: quippe in bonis, quæ [illegible] uno latere provenerunt, ſi cauſam acquiſitionis & originem bonorum, non ipſum jus ſucceſſionis, & propinquitatem ſuccedentium conſideremus, nihil operari poteſt duplicitas vinculi. Et ita in feudis conſanguineum, ab utrinque conjuncto non excludi conſtar, Ita ex veteribus Fulgoſius & Corneus in *auth. itaque. C. comm. de ſucceſſ.* ex recentioribus Petrus Barboſa ad *l. poſt dotem.* 41. *cum* 2. *ſeqq. n.* 71. *ff. ſoluto matrim.* Andr. Fachinæus *lib.* 6. *contr. c.* 5. Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *diſp.* 16. *theſ.* 4. Iisdem rationibus evincitur, nec in ſucceſſione adſcendentium nullam bonorum diſcretionem faciendam eſſe, ſed aſcendentes quoque diverſæ lineæ, qui pares gradu ſunt, æqualiter ſuccedere in bonis defunctorum liberorum undecunque profectis, non inſpecta ſcilicet cauſa acquirendi, ſed ſola perſona ejus, cui ſucceditur, ut recte poſt veteres allegatos à Mynſingero *lib.* 6. *obſ.* 55. *n.* 3. Barboſa *d. loc. n.* 67. & Fachin *d. lib.* 6. *c.* 4. docent: & conſentiunt *Forſter lib.* 7. *c.* 4. *n.* 2. *Graſſ.* §. *ſucceſſio ab inteſtato. quæſt.* 22. *n.* 5. quod mirum eſt, cum in quæſtione modo tractata & huic plane ſimili à nobis diſſentiant: ſed hoc & ab aliis factum eſt. Fruſtra autem hic objicitur *l.* 2. *C. de bon. quæ lib.* quippe ubi hoc tantum ſtatuitur, ut nepoti defuncto ſine liberis in proprietate ſuccedat pater, avus uſumfructum habeat,

avus

avus ſc. paternus, non maternus. Hæc porro ſententia meruit & aſſenſum Cameræ Imperialis, teſtibus *Mynſing. uci ſupra. & Hart. Hartm. pract. tit.* 42 *obſ.* 3. & Senatus Sabaudici, teſte ant. Fabro *Cod. ſuo for. lib.* 6. *tit.* 33. *defin.* 2.

CAP. XXXII

An juſta ſit cauſa revocandæ donationis ſi donator poſt factam donationem liberos ſuſceperit?

MOrtis cauſa donatio temere, hoc eſt, pro arbitrio donatoris, ſeu ex pœnitudine revocari poteſt. §. 1. *Inſt. de donat. l. mortis.* 16. *l. qui mortis* 30. *ff. de mort. cauſ. donat.* Mera autem & ſimplex donatio natura ſua irrevocabilis eſt. Quod vero hanc etiam aliquando revoeare licet, id fit ex accidenti & facto donatarii, pro beneficio injuriam rependentis, non ex intentione donantis; utpote qui ſic donat, ut nullo caſu velit ad ſe reverti. *l.* 1. *ff. de donat. l. ubi ita.* 27. *ff. de donat.* quanquam tamen, ſi præſciviſſet donator donatarium ingratum fore, procul dubio beneficio abſtinuiſſet: unde ortum eſt etiam in hiſce donationibus jus revocandi. Nec tamen ob quamlibet ingratitudinem donatarii revocatio permiſſa, ſed ob inſignem duntaxat, & talem, quæ ſceleri affinis ſit aut conjuncta: nempe, ſi donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; ſi illi impias intulerit manus ſi vitæ ejus inſidietur; ſi grandem jacturæ molem ſubſtantiæ & bonis donatoris ingeſſerit; ſi conditiones donationi appoſitas implere nolit, Ob has enim cauſas duntaxat donationem revocari permiſit Juſtin. in *l. ult. C. de revoc. don.* Additur tamen à DD. & alia cauſa revocandæ donationis, videlicet ſi donator tempore donationis ἄπαις illiberis, poſt donationem factam liberos ſuſceperit. *arg. l. ſi unquam* 8. *C. de revoc. donat.* Quamvis enim iſta conſtitutio tantum loquatur de Patrono donatore, & liberto donatario: putant tamen quorumcunque donationes eodem illo jure cenſendas, ut inſperato ſuccedens filiorum ſoboles irritam faciat donationem. Uruntur hoc potiſſimum argumento, quod quotiens ratio legis generalis eſt, toties quoque ipſa legis diſpoſitio generalis eſſe intelligitur: & aſſumunt p[illegible] vero generalem eſſe juris, quod in *d. l.* 8. *C. de revoc. don.* conſtituitur, rationem, nec magis ad donationem liberto, quam cuilibet extraneo factam pertinere: rationem autem hanc eſſe, quod nemo præſumatur ſucceſſiones alienas propriis anteponere voluiſſe *arg. l. cum avus* 1[illegible] *ff. de cond. & demonſtr. l. cum acutiſſimi.* 30. *C. de fideicommiſſ.* Unde porro eliciunt donationem factam ab eo, qui libros non habet, in ſe continere tacitam conditionem, ut ſi liberi ei poſtea nati fuerint, donatum ad ſe revertatur: quippe quem ſi de liberis cogitaſſet, donaturum non fuiſſe credi oporteat. *Gomez. lib.* 2. *var. reſol. cap.* 4. *n.* 11. *Clar. §. donatio quæſt.* 22. *Cujac. lib.* 20. *obſ.* 5. *Mynſ. obſ.* 63. *& ſeq. late Tiraq. in d. l.* 8. *C. de revoc. don. Tuld. in eod. de revoc. don. num.* 3. *Fachin lib.* 3. *contr. cap.* 85. quo jure & nos uti ſcribit *Grot. lib.* 3. *introduct. cap.* 2. adde *Chriſt. volum.* 4. *deciſ.* 192. *Ii ma Fab. diſp. anniv.* 17. *theſ.* 4. Sed procul dubio in puncto juris verior eſt ſententia eorum, qui aſſerunt in ſolo patrono donatore & liberto donatario hanc revocandæ donationis ſpeciem locum habere. Cur enim Imperatores, idem in quibuslibet donatoribus & donatariis obtinere voluiſſent, patroni tantum & non liberti mentionem faciunt? An quia ad conſultationem partis reſcribunt, quia forte ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atqui hanc ſuam conſtitutionem non dirigunt ad conſultorem aliquem, ſed ad prefectum prætorio in forma edicti perpetui, hunc in modum: *Si unquam libertis patronus filios non habens &c.* Quod ſi in quolibet donatore idem obtinere voluiſſent, uno ſaltem verbo id indicaſſent, aut utique ita ſcripſiſſent, *Si quis liberos non habens alicui bona omnia vel partem donaverit, &c.* Itaque conſtitutio hæc quæ ſingulare jus continet, *l. ſicut.* 5. *C. de oblig. & act.* & contra regulam de donationibus ſemel perfectis non revocandis exceptionem inducit, extra terminos non eſt extendenda. Multa in liberto ſunt ſingularia, quæ conſtat ad alios trahi non poſſe: quippe qui propter inæſtimabile libertatis beneficium nihil non patrono debet, non modo honorem omnem & reverentiam, ſed etiam obſequia & operas. *ff. de obſeq. par. & patr. præſt. & ff. de op. libert.* qui patronum egentem liberoſque patroni de ſuo alere tenetur. *l. ſi quis* 5. *§. ſolent.* 12. *ff. de agnoſc. & alend. lib.* qui moriens certis conditionibus bona ſua patrono debet reli-

qui

quere, & cujus inteſtati bona certis item conditionibus ad patronum liberoſque ejus redeunt. *Inſt. de ſucceſſ. libert.* quem eandem ob cauſam etiam multa æquo animo ferre oportet, quæ licet cum incommodo ejus, favore patroni conſtituta ſunt. *§. 1. Inſt. qui & ex quib. cauſ. man. §. 1. Inſt. de hered. qual.* & iniquum eſſet conſtitui in aliis. Unde etiam eſt, quod vel neglectus obſequii in liberto donatario ſufficiens cauſa ſit donationis in eum à patrono collatæ revocandæ. *l. 1. Cod. de revoc. donat.* Cum itaque qualitas ipſa perſonæ donatoris & donatarii ſit præcipua cauſa hujus revocationis, non ſoli aut per ſe liberi à donatore poſtea ſuſcepti, quis non videt propter eandem conditionem perſonæ in liberto donatio duntaxat hanc præſumptionem valere Principes voluiſſe, ut eadem mente ille, eademque lege accipere intelligeretur, qua patronus pro affectu donare; nimirum ut natis poſtea patrono liberis donata reddat: in aliis vero valere jus commune, quo propoſitum in mente retentum nihil operatur. Nam quoties lex de certis perſonis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum eſt legem ad alias perſonas non pertinere. *l. ſi vero. 64. §. pen. ff. ſoluto matrim. l. quod conſtitutum. 21. ff. de teſtam. mil.* Et illud utique palam eſt, jure communi non ſufficere ad revocationem donationis, quod forte in unius animo aliquid præſumatur, cum utriusque conſenſu perficiatur donatio, nec nobis liceat citra legum auctoritatem tacitas fingere conventiones, aut conjecturas ſectari, ubi verba legis aperta ſunt ac clara, & ſenſum minime abſurdum habent. Perperam vero ad præſentem caſum trahitur, quod pro ratione deciſionis in ſpecie diſpoſitionis ultimæ propoſita in *l. cum acutiſſimi. 30. Cod. de fideicommiſſ.* affert Juſtinianus, neminem ſcilicet præſumi alienas ſucceſſiones propriis anteferre. Nam deciſio *dict. l. cum acutiſſimi.* tantum locum habet in teſtatore fideicommiſſo gravante unum ex progenie ſua, cujus porro poſteri & ipſi ſint in familia teſtatoris, quod quomodo ad noſtrum caſum, ubi aliquis liberos non habens in extraneum abſolute & perfecte donationem contulit, applicari queat, non video. Et alioqui pari ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda eſſet ei, qui cum forte unum duntaxat filium haberet, partem facultatum alicui donavit, & poſtea eo mortuo, aut vivo adhuc plures liberos ſuſcepit. Cui adde, quod diſpoſitiones ultimæ ex ſolius teſtatoris mente interpretationem accipiunt, & pro ejus ſolius arbitrio conſtituuntur, ſuſtinentur, & revocantur. *l. in conditionibus. 19. ff. de cond. & dem. l. ex facto 35. §. rerum. 3. ff. de hered. inſtit. l. ſi mihi. 12. in fin. ff. de legat. 1.* ſecus atque actus inter vivos, in quibus omnium voluntas ſpectanda, nec pœnitentia admittitur. *l. non ſolum. 31. ff. de oblig. & act. l. ſicut. 5. C eod.* & in quibus contra eum fieri ſolet interpretatio, cui liberum fuit re integra aperte loqui, & legem, quam vellet, claris verbis exprimere. *l. veteribus. 39. ff. de pact. l quidquid. ff. de verb. oblig.* cum ſimilibus. Similiter noſtro caſui adaptari nequit, quod Papinianus in *l. cum avus. 102. ff. de cond. & demonſtr.* cum ſpeciem propoſuiſſet, ubi teſtator à nepote, quem ex parte heredem inſtituit, petiit, ut poſt mortem hereditatem reſtitueret patruo ſuo, reſpondet nepote liberis relictis mortuo defeciſſe conditionem fideicommiſſi, ductus conjectura pietatis, ut ipſe ait; nam conjectura illa pietatis ex eo ducitur, quod non videatur avus nepotem gravere voluiſſe in eum caſum, quo liberi nepoti naſcerentur, eo quod pietas ſuadeat, ut liberis potius relinquatur hereditas, quam aliis, utcunque teſtatori defuncto conjunctis (nam in caſu *dict. l. cum avus.* rogatus eſt nepos hereditatem reſtituere teſtatoris filio) nec credendum avum pro nepote id conſilium cepiſſe, quod ipſe nepos non niſi impie capturus erat, ut recte Ant Faber *l. 7. conject. 14.* Hoc vero longe diverſum eſt à caſu, quem hic tractamus, ubi quis in extraneum pure & abſolute quid tranſtulit, qui nec ex liberis donatoris eſt, nec de re donata reddenda abſque expreſſa conventione obligari potuit. Quibus & illud accedit, quod *dict. l ſi unq.* non tantum locum habet, ſi omnia bona, ſed etiam ſi pars aliqua eorum donata ſit. Eſt vero abſurdiſſimum ob liberos donatori poſtea natos donationem patris alicujus bonorum cuicunque & à quocunque factam revocari; quippe quo admiſſo nemo niſi liberos habens pure & plane donare intelligeretur. Huc item facit, quod bona, quæ propter agnationem liberorum donator revocavit, non liberis acquiruntur, ſed pleno jure revertuntur ad patrem donatorem. *dict. l. ſi unq.* qui proinde de iis jam iterum libere diſponere poteſt, & ſalva ſaltem liberorum legitima, ea omnia una cum cæteris bonis in quoſcunque velit, conferre. *l. 1. l. 2. & tit. tit. C. de inoff. donat.* Atque ita, quo nihil dici poteſt abſurdius, poſteriores illi potiores erunt & præferentur ei, in quem jam antea earum rerum dominium plene & abſolute translatum erat, atque huic eripietur, quod donetur alteri: quod vel ſolum

 argu-

argumento eſſe poteſt, qualitatem ipſam perſonæ donatoris & conditionem donatarii præcipuam eſſe hujus revocationis cauſam. Ex hoc porro ſimul concidunt objectiones ſumptæ à miſeratione liberorum, & injuria, quæ aliàs eis fieret. Nam ad injuriam illam vindicandam proditum liberis eſt jure communi remedium, quo patre mortuo donatio immodica revocetur, querela ſcilicet inofficioſæ donationis. *tit. Cod de inoff. donat.* Et ipſe quoque pater eam revocare poteſt, quatenus debitum liberis bonorum ſubſidium excedit. *l. ſi totas 5 Cod. eod. tit.* Aliud remedium fruſtra quæſieris. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos poſtea natos, tanquam ex cauſa generali loquatur, ac ne apud Juſtinianum quidem, qui, cum liberorum jura ubique non ſervaverit modo, ſed etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem feciſſet; certe ubi ex profeſſo recenſet cauſas revocandæ donationis, ſi hanc etiam pro cauſa generali haberi voluiſſet, id omiſſurus non fuerat. Quid quod & Canones huic noſtræ interpretationi conſentiunt, *c. ult. ca. 17 q. 4.* ubi Divus Auguſtinus laudans factum ſancti Aurelii Epiſcopi Carthaginenſis, quod reddidiſſet donatori ob liberos ei natos, quæ ille Eccleſiæ donaverat: *In poteſtate*, inquit, *habebat Epiſcopus non reddere; ſed jure fori, non jure poli.* Reſpondet Fachinæus *d. lib. 3. c. 86.* Conſtantinum non potuiſſe ligare Eccleſiam: quaſi vero Eccleſiæ exleges fuerint. Poſſet forte huic reſponſioni ſpecies aliqua prætexi, ſi Auguſtinus de Romana loquutus fuiſſet: quia jam tum ſcilicet à Conſtantino facta erat Sylveſtro Epiſcopo Romano prodigioſa illa donatio, quæ memoratur *lib. decretor. diſtinct. 96.* Poſtremo de ſolis patronis donatoribus & libertis donatariis, eodem nempe, quo nos modo, conſtitutionem Conſtantini, quæ tertia eſt in Codice Theodoſiano *tit. de revoc. donat.* & eadem cum illa octava in Codice Juſtinianeo *eod. tit.* interpretatus eſt Anianus, qui tempore Alarici Regis floruit, centum & quod excurrit, annis ante Imperium Juſtiniani: eoque modo eandem conſtitutionem accepit Harmenop. *lib. 3. tit. 2.* item *Azo in ſumm.* & plerique Neotericorum, *Connan. lib. 5. comm. c. 10. Ant. Fab. lib. 7. conject. c 14. & 15. Donell ad dict. l ſi unquam. Bachov. ad Treutl. [illegible] de donat. theſ. 7. lit. E. Coraſ. lib. 7 miſcell. c 30. Hotom. lib. 1. reſponſ. amic. c. 12.* ubi levicula quædam removet, quæ à Cujacio objiciuntur ex *l cum tale. 72. § 1. ff. de cond. & demonſtr.* & *l. 1. Cod. de revoc. donat* quaſi quæ ibi conſtituuntur de liberto, etiam in extraneis locum habeant, quod cum Accurſio & aliis negat Hotomannus. Sed ſit ita, quædam, quæ in liberto valent, etiam locum habeant in non liberto; inde tamen non efficitur etiam in quæſtione propoſita eandem liberti & extranei rationem eſſe, cum in plerisque aliis longe ſit diverſa, & quód hic contra tenorem juris communis introductum eſt, in perſona donatoris patroni non debeat produci ad conſequentias. *l. quod vero. 14. & l. ſeq. ff. de legib.*

CAP. XXXIII.

An per querelam inofficioſæ donationis tota revocetur donatio?

Querela inofficioſæ donationis ſpecies quædam eſt revocationis donationis factæ inter vivos, comparata confirmandæ querelæ inofficioſi teſtamenti gratia, ad quam eludendam donationes inofficioſæ inſtructæ ſunt. *l. 1. l ſi mater. 7. Cod de inoff. donat.* Nimium exhauſto immodica donatione patrimonio querela inofficioſi teſtamenti eluditur, legitima portio iis, quibus debetur, intervertitur, ſive donator eos heredes inſtituat, ſive inteſtatus decedat: nihil enim his relinquitur præter nudum nomen heredum: nec querela datur niſi præteritis aut exheredatis. *pr. Inſt de inoff teſtam.* Sed & ſi alium heredem donator inſtituat, querelam tamen inutilem facit inofficioſa donatio, ut ne ſic quidem præteriti aut exheredati quicquam conſequantur præter nomen inane heredum. *l. 3. C eod. tit.* Atque hinc eſt, quod inofficioſæ donationes inſtructæ dicuntur ad querelam inofficioſi teſtamenti eludendam, excludendam, intervertendam *l 1. l. ſi mater. 7 Cod. eod l. Titia 87. §. Imperator. 3. ff. de legat. 2.* Cum igitur inofficioſæ donationes excogitatæ eſſent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, intervertendam; huic fraudi occurſum eſt opportuno remedio, quo immodicæ hujuſmodi donationes revocarentur, conſtituta in eam rem querela inofficioſæ donationis, ad exemplum & ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti. Quatenus autem donatio hæc revocetur

cetur, in totumne, an quatenus legitimam liberorum minuit, haud ita in promptu eſt dicere. Nam cum ad ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti hæc revocatio introducta ſit, conſentaneum videtur, ut quemadmodum per querelam inofficioſi tota reſcinditur inſtitutio, ſic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio. Omnes autem fere leges ſubjectæ titulo *Cod. de inoff. donat.* hanc comparationem continent. Eſt quidem inter illa duo hæc differentia, quod querela inofficioſi teſtamenti impugnatur ultima diſpoſitio, & injuria exheredationis vindicatur: hac autem querela revocatur contractus inter duos initus & perfectus, idque ab ipſis heredibus, quamvis ſolo nomine: ſed hoc parum ad rem præſentem facere videri poteſt, cum in *l. ult. C. eod. tit.* Imperatores dicant dubitandum non eſſe, quin immodicarum donationum omnibus querela ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus fuerit introducta, ut ſit in hoc actionis utriusque vel una cauſa vel ſimilis æſtimanda, vel idem & temporibus & motibus. Afferuntur pro hac ſententia & loci nonnulli aliunde petiti, præſertim ab Ant. Fab. *lib.* 3. *conject.* 17. Et primum, quod apud Ulpianum *l. ſi libertus.* 16. *ff. de jur. patron* legimus, ſi libertus ſe minorem centenario in fraudem legis fecerit in totum non valere, quod actum eſt: unde colligunt etiam donationem inofficioſam, quæ & ipſa in fraudem legis fit, in totum non valere aut revocari. 2, *l. cum res.* 4. *C. de contr. empt.* ubi cum mulier omnia ſua bona donaſſet Luciano, eaque defuncta relicto filio Lucianus bona ſibi donata & tradita emiſſet à filio herede donatricis, ajunt Imperatores hanc emptionem prodeſſe poſſe Luciano ad defenſionem, *ne (filius) exemplo inofficioſi teſtamenti poſſit hæc avocare.* quæ verba videntur manifeſte oſtendere filium immodicam donationem à matre factam in ſolidum revocare. Nam pronomen illud, *hæc*, non alio referri poteſt, quam ad illa antecedentia, *omnia bona tibi ab eo donata.* Cæterum hæc ad deciſionem hujus quæſtionis non ſatis momenti habent. Nam dici poteſt comparationem illam utriusque querelæ non abſolute, ſed ſecundum quid accipiendam eſſe, quatenus ſcilicet una ſimilis utriusque cauſa eſt, eademque temporibus & moribus, cum utraque quinquennio finiatur & excludatur exceptione ingratitudinis: & verba hæc *l. ult. C. de inoff. donat. omnique querela ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus introducta*, commode ſic accipiuntur, omnibus ſcilicet legibus, quæ de hac querela diſpoſuerunt, vel pro omnibus, quibus conceſſa querela inofficioſi teſtamenti: ut illud diſcrimen adhuc maneat, quod licet teſtamentum inofficioſum in totum reſcindatur; immodica tamen donatio pro parte duntaxat: idque hac ratione, quia teſtamentum inofficioſum privat liberos hereditate, quæ tacita quadam lege naturæ liberis debetur; at donatio inofficioſa non facit, quominus iidem donatori heredes ſint, qui ſine donatione futuri erant. *l.* 4. *Cod. de contr. empt.* ſed ut qui erunt [illegible] percipiant, quantum donatione non facta omni jure habituri eſſent, puta portionem ſaltem legitimam.

Sed & comparatio inofficioſæ donationis, & donationis factæ à liberto in fraudem legis & patroni dici poteſt claudicare. Utramque quidem in fraudem legis fieri, ſed illam liberti in totum: quia libertus donando ſe minorem faciens centenario, facit omni ex parte in fraudem legis *dict. l. ſi libertus.* 16. *ff. de jur. patron.* Inofficioſam autem donationem hactenus, quatenus dodrantem aut beſſem (ut hodie) excedit; in reliquum fieri lege permittente. Illam liberti ipſo jure non valere. *dict. l. ſi libertus.* hanc etiam, qua parte inofficioſa eſt, ipſo jure valere ab initio, ſed inſtituta querela, quatenus inofficioſa eſt, reſcindi. *tot. tit. Cod. de inoff. donat.* Ad deciſionem quoque quæſtionis propoſitæ non multum facit *dict. l.* 4. *C. de contr empt.* quoniam ibi alia quæſtio principaliter tractatur; nec eſt neceſſe, ut propter id, quod in fine conſtitutionis dicitur, filium non poſſe hæc avocare, dicamus alias eum bona omnia, quæ donata ſunt, poſſe avocare. Conſtat reſcripti ſententia, ſi alias quædam avocare potuiſſet: nec verba reſpuunt hanc interpretationem, quod ſcil. hoc ſentiant Imp. uſque ad eam partem, quam alias avocare poſſet filius, Luciano emptionem prodeſſe, nempe ut ex emptionis cauſa etiam trientem retinere poſſit, quem ex cauſa donationis retinere non poterat. Majorem ſpeciem habet, quod Alexandrum Imperatorem Claudiano Juliano reſcripſiſſe Paulus in *l. Titia Sejo.* 87. §. 3. *de legat.* 2. memorat donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia parte revocari, quod non niſi de dimidia totius, quod donatum eſt, capi poſſe videtur, cui conſequens eſt, ſi in extraneum talis donatio conferatur, eam revocari in ſolidum.

Sed tamen ego huic ſententiæ acquieſcere non poſſum: & magis puto ex cauſa inofficioſæ donationis non totum revocari, quod donatum eſt: ſed pro ea tantum parte, pro qua donatio eſt inofficioſa, modum ſcilicet legitimum excedens, & quartam iis, quibus debetur, adimens. Non una me eo impellit aut ratio aut auctoritas. Nam primo, quoties lex ad certum modum aliquid permittit, ſi hic modus excedatur, non totum infirmatur, quod geſtum eſt, ſed quod illicite geſtum eſt duntaxat. *l. placuit.* 62. *ff. de uſur.* *l. ſancimus.* 34. *Cod. de donat.* Et quid notius regula, utile per inutile non vitiari. *l.* 1. §. *ſed ſi mihi.* 5. *ff. de verb. oblig. c. utile. de reg. jur. in 6to.* 2. Quia alias in caſu donationis omnium bonorum aut ejuſmodi partis, quæ legitimam minuat, ſupervacanea eſſet conſtitutio *l. ſi unquam* 8. *C. de revoc. donat.* quoniam certum eſt jure veteri liberis ſive tempore donationis jam natis, ſive poſtea editis hanc querelam competiiſſe. 3. Probatur hæc ſententia textu expreſſo in *l.* 2. *C. de inoff. donat.* ubi donatio immenſa in filium in poteſtate conſtitutum collata hactenus revocari dicitur, ut officio arbitri familiæ erciſcundæ quarta pars debitæ ab inteſtato portionis ſorori ejus præſtetur incolumis. Reſpondet Ant. Faber, vim oppoſitionis duorum caſuum, quorum uno donatio in filiumfam. collata, altero in emancipatum, in hoc ſitam eſſe, quod priore caſu legitima tantum, poſteriore totum revocatur. Sed prorſus commentitium eſt, vel quia priore potius caſu donatio ex ratione juris nulla & invalida in ſolidum revocanda erat: vel potius quia, ut ex ipſo textu apparet, in hoc oppoſitio conſiſtit, quod priore caſu remedio ordinario, poſteriore extraordinario querela inofficioſæ donationis revocetur: utroque autem caſu uſque ad legitimam. 4. Per *l. ſi totas.* 5. *C. eod. tit.* ubi dicitur ex donatione immenſa detrahi, quod neceſſe eſt relinqui liberis non ingratis ad ſubmovendam inofficioſi querelam. Reſpondet Ant. Faber, donatorem ibi tempore donationis alios liberos non habuiſſe, eoque initio inſpecto donationem non fuiſſe inofficioſam. Quid tum poſtea? Nonne ſatis eſt donationem poſtea propter alios liberos ſuſceptos inofficioſam fieri, ut liberi queri poſſint? De cujus querelæ natura ſi eſt, ut donatio in ſolidum revocetur, etiam hoc caſu eundem effectum habere debet. 5. Huc accedit textus in *l. ſi mater.* 7. *C. eod.* ubi Imperatores non totum, quod geſtum eſt, revocari ajunt, ſed diſertis verbis, quod immoderate geſtum eſt. Reſpondet Ant. Faber, totum revocari quod immoderate geſtum eſt, non quatenus immoderate geſtum eſt: quod eſt apertum σόφισμα, meraque cavillatio. Ex hoc autem loco petenda eſt & explicatio *l. Titia Sejo.* 87. §. 3. *ff. de legat.* 2. ubi eadem plane ſpecies proponitur & deciditur, quæ in hac *l. ſi mater.* excepto eo, quod illic avia in unum è duobus nepotibus totum patrimonium ſuum effudiſſe proponitur, hic mater in unum è duobus filiis. Igitur quemadmodum hoc non dimidium totius, quod donatum eſt, ſed dimidium ejus, quod illicite donatum eſt revocatur, vel, ut hoc apertius Imperatores in *dict. l. ſi mater.* explicat, dimidium quartæ partis, quod ad excludendam inofficioſi teſtamenti querelam adverſus agentem ſufficeret: ita etiam illic, nempe in *dict. l. Titia Sejo.* §. 3. dimidiam partem accipere debemus, partem dimidiam ejus, quod immoderate geſtum eſt, non omnium bonorum, ſed portionis legitimæ, utrique ſcilicet debitæ: eoque facit & *Novella* 92. cujus ſpeciem ex Harmenopulo ponit Cujacius, *lib.* 5. *obſerv.* 14. 6. Facit huc optimus textus in *l. ſi liqueat.* 8. *in fin. pr. C. de revocandis donat.* ubi expreſſe dicitur, pro ratione quartæ, quod donatum eſt, deminui. Reſpondet Anton. Faber, intelligi ibi quartam non legitimam, ſed quartam ab inteſtato debitam: fingitque in caſu illic propoſito matrem quatuor reliquiſſe liberos: quod vix confutatione indiget. Quid autem ibidem addunt Imperatores, *ad inſtar inofficioſi teſtamenti convicti.* Illa comparatio non ad quantitatem, quæ revocetur, ſed ad jus revocandi pertinet. 7. Idem evincitur ex *l. un. C. de inoff. dot.* ubi itidem ad exemplum querelæ inofficioſi teſtamenti dicitur liberis adverſus dotem immodicam actionem dari, ut iis emolumenta debita conferantur. Emolumenta debita ſunt illud ipſum, quod in *l.* 7. *C de revoc. donat.* appellatur debitum bonorum ſubſidium. Non me latet pleroſque ita diſtinguere, ut ſi in extraneos collata ſit donatio cum conſilio fraudandi, tunc tota revocetur: ſi ſine conſilio fraudandi, pro parte tantum: ſi in aliquem ex liberis, indiſtincte pro parte duntaxat; eamque diſtinctionem judiciis & conſuetudine publica probari, teſtibus *Sichard. in l.* 11 *n* 4. *C. de inoff. donat. Gomez.* 2. *var. reſolut.* 4. *num.* 15. *Covar. pract. quæſt.* 19. *num.* 12. Cæterum juri ſcripto conſentaneam non eſſe patet ex *d. l.* 1. ubi extranei & liberi eodem jure cenſentur. Nec vero perſona accipientis donationem inofficioſam facit:

facit: ſed profuſa liberalitas: nec refert eventum tantum donatio, an & conſilium fraudandi habuerit. *dict. l. 1. l. 7. Cod. eod.*

CAP. XXXIV.

An pro mortis cauſa donatione haberi debeat, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam ſe nullo modo revocaturum donationem?

MOrtis cauſa donatio eſt, quæ propter mortis fit ſuſpicionem: veluti cum quid metu mortis vel ex præſenti vel ex futuro periculo donatur; puta ſi donator gravi morbo laboret, ſi periculoſam peregrinationem vel navigationem ſuſcepturus ſit, ſi iturus in militiam, ſi peſtis graſſetur, &c. *l. 2. & aliquot ſeqq. l. ſenatus. 35. §. mortis. 4. ff. de mort. cauſa donat.* Cæterum an propter mortis ſuſpicionem donatio facta ſit, ex verbis donatoris æſtimandum eſt: nec enim ſufficit ad hanc donationem à moriente aut in periculo mortis poſito quid donatum eſſe, niſi verbis declaraverit, ſe ob metum propinquæ mortis donaſſe: alioqui non tam mortis cauſa, quam moriens donaſſe cenſetur. *l. Seja. 42. §. 1. in fin. ff. de mort. cauſa donat.* Quin etiam extra ſuſpicionem alicujus periculi, & à ſano atque in bona valetudine conſtituto mortis cauſa recte donatur ſola cogitatione mortalitatis. *d. l. 2. & dict. l. ſenatus. §. 4.* Sed itidem verbis hoc declarandum eſt, ne alias donatio pro pura & ſimplici habeatur. In omni autem mortis cauſa donatione, qui donat, ſe primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepiſſe potius, quam dediſſe mavult: & ut verbo dicam, ſe potius habere vult, quam eum, cui donat, illum deinde potius, quam heredem ſuum. *l. 1. dict. l. ſenatus. §. 2. eod.* Atque hæc ratio, cur hanc donationem revocare liceat, ſecus atque donationem inter vivos: quippe in qua qui donat, donatarium ſolum cogitat, atque illum, quem ſe habere mavult. Tribus autem caſibus mortis cauſa donatio fit irrita aut revocari poteſt, duobus ex parte donantis, pœnitentia, periculi, cujus intuitu donatio facta, ſublatione: uno ex parte donatarii, ſi is ante donatorem moriatur. *l. mortis cauſa. 19. l. ſi mortis. 29. & l. ſeq. ff. eod. §. 1. Inſt. de donat. l. non omnis. 19. ff. de reb. cred.* quanquam conventione effici poteſt, ut ne revocetur omnibus iſtis caſibus. *l. ſi alienam. 13. in fin. ff. de mort. ca. donat.* Illud autem quæſitum eſt, an & illa donatio pro mortis cauſa donatione habenda ſit, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam, ſe nullo caſu aut modo donationem revocaturum. Et magis eſt, ut ea non pro donatione mortis cauſa, ſed pro donatione inter vivos habenda ſit: quod & communiter placuit. *Bart. poſt Gloſſ. in l ubi ita donatur. 7. ff eod. Clar. §. donatio. quæſt. 4 Coras. lib. 2. var. reſol. cap 4 num. 22. Schneid. in §. 1. Inſt. de donat. num. 3. & 4. Fachin lib. 5. c. 13. Thulden. C. de mort. cauſa donat. num. 3. Perez ibid. n. 12. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 19. theſ.* Etenim cum ex ſententia Juliani relata & probata ab Ulpiano in *l 2 ff. eod.* ex mortis cauſa donatione vel non ſtatim tranſeat dominium, vel tranſeat ſub tacita conditione, ut ſcilicet non antè pro perfecta habeatur, quam mors fuerit inſecuta. *l. non videtur. 32. ff. eodem.* mortis cauſa donatio dici non poteſt, per quam pure & abſolute omnique jure revocandi excluſo dominium transfertur. Deinde cum in omni donatione mortis cauſa donator ſe primum cogitet, & ipſe rem habere malit, quam donatarium, *l. 1. l. ſenatus. 35. §. 2. ff. eodem.* mortis cauſa donationi non poteſt adſcribi illud genus, in quo donator ſolum ſpectat donatarium, & illum potius, quam ſe habere vult. Nam cui non competit definitio, ei nec definitum competere poteſt. Unde etiam plus quam manifeſtum eſt, hic deficere partem aliquam donationis cauſa mortis ſubſtantialem, & ideo in aliam donationis ſpeciem rem tranſire, quidquid in contrarium diſputet Ant. Faber, *deciſ. 41. err. 1.* Imo nec poteſt ullo modo videri mortis cauſa, id eſt, propter mortem & periculum imminens donatum eſſe, cujus revocandi facultatem omnem ſibi donator ademit. Et hoc eſt, quod Marcianus reſponſo ſuo ſignificat in *l. ubi ita. 27. ff. eod.* cum ait: *Ubi ita donatur mortis cauſa, ut nullo caſu revocetur, cauſa donandi magis eſt, quam mortis cauſa donatio: & ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio.* Ait, *cauſa donationis magis eſt, quam mortis cauſa donatio:* id eſt, in ejuſmodi donatione mors eſt potius cauſa impulſiva & occaſio donandi, quam cauſa finalis, ſeu τὸ τοῦ ἕνεκα. Unde infert perinde eam

haberi debere, atque aliam quamvis donationem inter vivos: quæ verba apertè oſtendunt, Marcianum haud quoque donationem pro ſpecie donationis inter vivos agnoſcere. Denique, quia talis donatio, ut & certæ inter vivos, nullam ſimilitudinem cum legatis habet. *§. 2. Inſt. de donat.* hinc porro infert, nec inter virum & uxorem eam valere, nec Falcidiam pati: quod utrumque in donatione mortis cauſa ſecus ſe habet. *l. 9. in fin. cum l. ſeq. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. 5. C. ad leg. Falcid. l. 2. C. de don. mort. cauſa.* Fruſtra autem huic ſententiæ objicitur *l. ſi in alienam. 13. §. 1. ff. de mort. cauſa donat.* ubi Marcellus notat, in mortis cauſa donationibus etiam facti quæſtiones eſſe: poſſe ſic donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur; & ut reddatur, etiamſi prior ex eadem valetudine donator deceſſerit, ſi jam mutata voluntate reſtitui ſibi voluerit. Sed & ſic poſſe, ut non aliter reddatur quam ſi prior ille, qui accepit, deceſſerit: denique ſic quoque poſſe, ut nullo caſu ſit ejus repetitio, id eſt, nec ſi convaluerit quidem donator, quod totidem & iiſdem verbis etiam apud Paulum relatum eſt *l. ſenatus. 35. §. 4. ff. eod.* Nam Juriſconſulti illic proponunt diverſos caſus, quibus propter mortem vel donantis vel donatarii pro varietate legis adjectæ revocetur aut non revocetur mortis cauſa donatio ſecus atque ſi nulla lex adjecta fuiſſet, ſalvo tamen hic manente jure revocandi ex pœnitentia. Aliquis enim ſaltem caſus manere debet, quo revocari hæc donatio poſſit, & dici donatorem ſe habere maluiſſe, quam eum, cui donavit, in quo ſubſtantia hujus donationis conſiſtit. Quid vero reſpondebimus ad *Nov. 87. in præf. & c. 1.* Juſtiniani eſſe nemo, qui eam legerit, inficiabitur. Et ideo nolim dicere vix eſſe, ut ea in foro ad deciſionem cauſæ allegari poſſit: quanquam à recentioribus inſerta ſit. Sed reſpondemus ex toto tenore tum præfationis, tum *dict. cap. 1. d. Novell. 87.* ſatis clare apparere Imperatorem loqui de renuntiatione revocationis non indefinita aut abſoluta ex omni cauſa, ſed ex una duntaxat, nempe ex cauſa pœnitentiæ. Relinquitur itaque ut ex aliis cauſis adhuc revocari queat, puta ob remotionem periculi, cujus contemplatione donatio facta, aut ſi durante adhuc periculo præmoriatur donata[illegible] Nos autem hic diſputamus, cujus generis donatio habenda ſit, cum quis mortis cauſa ſe donare dicit ea lege ſimpliciter & abſolute adjecta, ut nullo caſu revocetur. Cujuſmodi donationem dicimus an[illegible]merandam eſſe donationibus inter vivos, mortis autem cauſa donationem non eſſe, niſi κατὰ τὸ λέγεσθαι.

CAP. XXXV.

An diſſenſio in cauſis dandi & accipiendi im[illegible] dominii translationem?

NIhil tam conveniens eſt æquitati naturali, quam voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi. *l. qua ratione. 9. §. 3 ff. de acq. rer. dom. §. per traditionem. 40. Inſt. de rer. diviſ.* quippe cum ſuæ quiſque rei moderator ſit & arbiter. *l. in re. 21. C. mandati.* Cæterum, ut quis velle rem ſuam in alium transferre intelligatur, duo hæc concurrere deb[illegible] primum, ut ſciat rem ſuam eſſe, quam transferre cogitat: deinde, ut juſtam cauſam habeat, cu[illegible] puta quia vendidit, dare promiſit, &c. Prius ideo deſideratur, quia nemo, qui errans in dominio rei ſuæ, ſuam eſſe ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo eſt, ut eam transferat. *l. ſi procurator. 35. ff. de acq. rer. dom.* & arg. *l. ſi per errorem. 15. ff. de juriſdict.* Ajo in dominio rei ſuæ: nam ſi quis non erret in re ſua, in ea de qua transferenda agitur, ſed in re alia, puta in cauſa debendi, hic error alienationi non obſtat: ac propterea indebiti per errorem ſoluti nulla vindicatio eſt. Alterum ideo neceſſarium, quia nemo rem ſuam alicui tradit transferendi gratia, niſi cauſam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli, *Nunquam nuda traditio transfert dominium, ſed ita, ſi venditio, aut alia juſta cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſequeretur. l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. dom.* Nec dicat quiſquam hoc requiri ſuperflue, cum ſi nulla cauſa adſit, præſumi debet donati[illegible] arg. *l. Campanus. 47. ff. de oper. libert.* quoniam hoc tunc ſolummodo locum habet, [illegible] res conſul data eſt. *l. cujus per errorem. 53. ff. de reg. jur.* Illud non refert, revera præceſſerit cauſa, an [illegible]pini tradentis, veluti ſi indebitum per errorem tanquam ex juſta cauſa debitum ſolutum ſit,

Sed quæſtionis eſt, ſi ego ex una cauſa tibi tradam; tu ex alia accipias, an hæc in cauſis tradendi & accipiendi diſſenſio obſtet, quominus dominium transferatur. Et ſi quidem vel in tradente nulla ſit cauſa dominii transferendi, vel in accipiente nulla nanciſcendi, nemo dixerit dominium transferri: verbi cauſa, ſi ego deponam apud te pecuniam, tu quaſi mutuam accipias: aut è converſo, ſi ego tibi dem pecuniam quaſi mutuam, tu quaſi commodatam accipias oſtentandi cauſa; hic, inquam, certum eſt dominium non transferri, quoniam non concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus. *l. in omnibus.* 55. *ff. de oblig & act.* Ac talis ſpecies eſt, quæ proponitur ab Ulpiano in *l. ſi ego pecuniam* 18. §. 1. *ff. de reb. cred.*

Nihil ibi dicit Juriſconſultus de nummorum dominio aut de exſtantium in his cauſis repetitione, quia ea res expediti juris eſt, nempe extantes nummos poſſe vindicari, propterea quod eorum dominium translatum non eſt. *l. rogaſti.* 11. §. *ult. ff. d. tit.* § *ult. Inſtitut. quib. alien. lic.* ſed quia de conſumptis dubitari poterat, reſpondeo eo caſu locum eſſe condictioni, non vindicationi: & recte, cum in neutra ſuperiore ſpecie contingat, ut is à quo repetuntur, aut poſſideat nummos conſumptos, aut dolo malo deſierit poſſidere. Nunquam autem actione in rem tenetur, qui non poſſidet, ſi ſine dolo deſiit poſſidere. *l. qui petitorio* 36. *ff de rei vind.* Intelligit autem haud dubie condictionem ſine cauſa, cum nullum negotium inter tam aperte diſſentientes contrahi manifeſtum ſit. Addit juriſconſultus *ſine doli exceptione*, reſpiciens nimirum ad ſpeciem initio *d. l. ſi ego pecuniam.* propoſitam, ubi nummis conſumptis ita condictione teneri dixit accipientem, ut tamen doli exceptione ſe tueri queat; eo quod ſecundum voluntatem dantis conſumpti eſſent. Secus jam eſſe dicit in ea, quam nunc tractat, ſpecie: & merito. Sive enim quis pecuniam det quaſi deponens, ſive quaſi mutuam, utroque caſu hoc animo dat, ut repetat. Proinde quamvis nummi conſumpti ſint ſecundum voluntatem dantis, ut fit, cum quaſi mutui dati ſunt; tamen quia non eſt hæc voluntas, ut nummi maneant, ſed ut etiam conſumpti [illegible], ſemper cum repetentur, certum eſt non repeti eos contra voluntatem, ut contingit in eo, qui [illegible] donaturus dedit; ſed maxime ſecundum voluntatem dantis & accipientis; quæ res accipienti omnem exceptionem & tergiverſationem adimit. At enim vero ſi utrinque ſubeſſe exiſtimetur cauſa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti ſi tibi tradam fundum tanquam à me debitum ex teſtamento, tu quaſi ex ſtipulatu debitum accipias, vel ſi ego tradam tibi pecuniam donandi animo, tu eam accipias quaſi creditam, hic quia ex utraque cauſa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem eſſe, dominiumque in accipientem tranſire: ſic enim generaliter definit Julianus in *l. cum in corpus* 36. *ff, de acquir. rer. dom.* Videtur tamen à Juliano diſſentire Ulpianus in ſpecie poſteriore, cum ait: ſi [illegible] pecuniam tibi dedi quaſi donaturus, tu quaſi mutuam accepiſti. *d. l. ſi ego pecuniam* 18. *princ. ff de reb. cred.* primum negat Ulpianus hic eſſe donationem; ſed hoc etiam ex ſententia Juliani. Deinde ait nec mutuam eſſe: ne in hoc quidem, ut opinor, alter ab altero diſſentit, quia mutuo data non eſt. Sed quod idem Ulpianus addidit poſtea, *magisque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum diſſidere à Juliano, qui generaliter definit, diſſenſum in cauſis tradendi & accipiendi non obſtare translationi, cum in corpus acquirendum conſentimus: atque hanc regulam etiam eodem exemplo declarat in *d. l. cum in corpus. de acq. rer. dom.* quod proponitur ab Ulpiano in *d. l. ſi ego pecuniam pr.* Sunt, qui hoc diſſidium componi poſſe negant. Et ſane vix ferri poteſt, quod *Alciat. lib.* 5. *parerg.* 15. *Zaſius in d. l. ſi ego n* 7. *& ſeqq Bronchorſt.* 2. *aſſ rt.* 21. *Pac.* 3. *enant. quæſt.* 67. ad horum locorum conciliationem afferunt, nempe diverſas in iis proponi ſpecies: apud utrumque quidem pecuniam tradi donandi gratia, ſed apud Julianum eam ſic accipi quaſi debitam accipienti ex præcedente contractu, ſeu ſolutionis cauſa datam: apud Ulpianum, quaſi mutuo datam à tradente: pecuniam creditam apud Julianum ſic interpretantes, non quaſi creditam à tradente ſive mutuam datam accipienti, ſed quaſi creditam antea tradenti ab accipiente, qui putet eam tanquam ſibi debitam nunc ſolvi. Utique hanc interpretationem contextus pati non poteſt. Nam ex verbis præſentis temporis, quibus Julianus utitur; nempe *tradam* & *accipias.* apparet etiam donandi animum & crediti verbum ad idem tempus referri debere, ut ſit ſenſus: ſi pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quaſi nunc creditam tibi accipias: non poteſt autem pecunia intelligi nunc à te credita, cum à te non ſit profecta, qui eam non das, ſed à me, qui eam tibi trado. Ego enim is ſum qui dicor eam tibi tradere: ac proinde etiam cum credita eſſe poſtea dicitur, à me quoque credita,

dita, id eſt, tibi mutuo data intelligi debet. Quanquam, quid hoc verbo intellexerit Julianus, anxie laborare non debemus: nam etſi demus non eſſe id exemplum, quod diximus, tamen definitio generalis poſita in *dict. l. cum in corpus.* ſatis id exemplum & ſimilia omnia complectitur, ubi id actum, ut dominus fieret, qui accepit: quod itaque etiam tunc agi intelligitur, cum tibi dedi pecuniam donandi animo; tu eam quaſi mutuam accipis, quoniam & in eo conſentitur ut proprietas, id eſt, dominium, *l.* 13. *ff. de acq. rer. dom.* tranſeat in accipientem, licet ille hoc animo ſit, ut parem ſummam quandoque reſtituat. Neque video quid interſit, utrum conventio aliqua de donando ſive revera ſive opinione tradentis præceſſerit, an ſtatim & actutum nulla conventione præcedente donandi cauſa pecuniam tradiderit, eaque quaſi mutua accepta ſit: neque enim minus hoc quam illo caſu ex utraque parte id pariter agitur, ut dominium transferatur. Si qua eſt componendi ratio, ea eſt, quam affert Connanus *libro tertio comment. capite* 17. & Donellus ad *dict. l. ſi ego pecuniam.* nimirum verba hæc Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri.* duplicem pati poſſe interpretationem: poſſe ſic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: poſſe etiam ſic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, non ita ut apud eum manere debeant. *arg. l. aliud eſt capere.* 71. *ff. de verb. ſignif. l. non videtur.* 51. *C. de reg. jur. l. cum quis.* 38. *§. qui hominem.* 3. *ff. de ſolut.* comparate videlicet, & reſpectu acquiſitionis rei, quæ ex cauſa donationis traditur & accipitur: fiant tamen ejus inſpecto initio, quia proprietas eorum ſtatim transfertur, cujus rei hic effectus eſt, ut etiamſi adhuc extent, vindicari nequeant. Hoc autem poſteriore modo verba Ulpiani capienda eſſe propter illam, quam diximus, generalem definitionem Juliani. Quid quod hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano ſubjecta nobis ultro ſuppeditat, *cum alia opinione accepit.* quippe qui donatum ſibi tanquam mutuum accipit, non eo animo eſt, ut dominus non fiat, ſed ut non fiat ſimpliciter, & ſine obligatione reſtituendi tantundem, tanquam ex cauſa donationis. Unde apparet Juriſconſultum, licet his verbis, magisque nummos accipientis non fieri, videatur reſpondere de domino, ei tamen ipſa reſpondere de repetitione, nempe ut ſi fiunt quidem nummi accipientis, non tamen fieri perfecte, non ita quin avocari queant. Igitur ais, inquiet aliquis, ſi tibi dem pecuniam donandi gratia, tu eam quaſi mutuam accipias, nummos, etiamſi adhuc extent, vindicari non poſſe? Ajo enimvero: hoc enim neceſſario conſequitur poſito dominii nummorum translatione. Neque contrarium eſt, quod Ulpianus in *dict. l. ſi ego pecuniam.* ſcribit: *Quare ſi eos conſumpſerit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia ſecundum voluntatem dantis, nummi conſumpti.* Nam inde non recte colligas, ſi nummi adhuc extant, eos vindicari poſſe; ſed hoc tantum, poſſe eo caſu vindicari ſine metu exceptionis: cum ſi conſumpti fuerint, licet condictio perſeveret, ea tamen non noceat accipienti, cum poſſit condicentem repellere exceptione doli, propterea quod ſecundum voluntatem ejus conſumpti ſunt. Perinde ergo eſt, ac ſi dixiſſet, licet nummi condici poſſint, ſive extent, ſive conſumpti ſint: hoc tamen intereſſe, quod conſumptis nummis condictio ſit inefficax, &c. Idem autem de extantibus nullo modo dici poteſt, ac ne quidem de conſumptis poſt revocatam voluntatem. Nec vindicari igitur extantes poſſunt, quippe dominio eorum in accipientem translato; nec conſumpti efficaciter condici, quia conſumpti ſecundum voluntatem dantis. Si vero adhuc extent, condictio erit efficax, eosque mutata ante conſumptionem voluntate repetens nulla exceptione ſummoveri poterit. Locus autem hic erit condictioni ſine cauſa. Nam cum nummi ad accipientem pervenerunt ſine ea cauſa, ob quam vel dati vel accepti ſunt, condictionem ſine cauſa inde naſci neceſſe eſt, ſi dominium, quod jam probavimus, in accipientem translatum eſt. *l.* 1. *in fin. ff. de condict. ſin. cauſa.*

(o)

CA

CAP. XXXVI.

Poſſitne dari plena poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies omnes complectatur, & quænam ſint iſtæ ſpecies.

VArii variis modis definire conati ſunt, quid ſit poſſeſſio: ſed nimium ſcrupuloſi fuerunt, & plerique in hiſce definitionibus in vitium illud inciderunt, quod Galenus Φιλολυσίαν appellat, quaſi libidinem & nimium amorem in definiendo. Atque hi longiſſimè receſſerunt à more & exemplo veterum Juriſconſultorum, qui in quærenda & conſtituenda accurata poſſeſſionis definitione noluerunt nimis eſſe ſolliciti. Utique Paulus noſter in *l. 1. pr. ff. de acq. poſſ.* contentus fuit etymo verbi, & nuda aliqua deſcriptione, cum poſſeſſionem vocat κατοχήν, id eſt, detentionem. Ait autem porro poſſeſſionem dictam eſſe à ſedibus quaſi poſitionem ſedium: ita enim in libris Florentinis legitur; ac melior eſt hæc lectio, quam vulgata illa Accurſii, Bartoli & aliorum, qui legunt: *Poſſeſſio appellata eſt à pedibus, quaſi pedum poſitio:* nam poſſeſſio in etymo vocabuli nihil commune habet cum pedibus. Poſſidet ergo, qui ſedes poſuit: nec à grammatica notatione id abhorret, *poſſeſſio, poſitio ſedium.* Grammatici tamen poſſeſſionem derivant à verbo *ſedeo* juncta particula *pos* aut *potis pote:* unde adhuc hodie dicitur *impos, compos, poſſum,* quaſi pos vel potis ſum, & *poſſidere*, quaſi poſſe ſedere. Qui enim poſſidet agrum, is ingredi, diſcedere, redire, item ſedere & tenere poteſt. Atque hæc ipſa derivatio Juriſconſultis improbari non poteſt; qui & poſſeſſionem acquirere nos poſſe ajunt, ſi ejus rei, quæ ante oculos noſtros poſita eſt, apprehendendæ poteſtas nobis fiat, etſi eam manu aut pedibus non attigerimus. *l. 1. §. ſi juſſerim. 21. ff. de acq. poſſ. l. quod meo. 18. §. 2. eod.* & poſſeſſionem tamdiu nos retinere, donec facultatem & poteſtatem redeundi, inſiſtendi, atque inſidendi habemus. *l. 6. §. ultimo. & l. ſeqq. ff. eod.* Hinc jam ubi in hunc locum inciderunt, arrepta plerique occaſione diſputant de vi argumenti ab etymologia ſive notatione, & contra à nomine ſumpti ſive de mutua argumenti affectione, quæ inter nomen & notationem intercedit. Sed hæc diſputatio cum non ſit hujus loci & tota logica, ad logicos remittenda eſt. Illud certum eſt, etymologiam aptiorem eſſe ad explicandum, quam ad probandum. Eſt enim, ut Galenus ait, *l. 2. de dogm.* Hippocr. & Plat. μάρτυς ἀλάζων, quamvis ut quibusdam placet, ſit ἐξηγητὴς [illegible], interpres idoneus. Notandum porto eſt, interdum poſſeſſionis verbo proprietatem ſignificari. *l. interdum. 78. ff. de verb. ſign.* ϗ τὴν ὀσίαν. Cicero in *paradox. Dives eſt, cui tanta poſſeſſio eſt, ut liberaliter poſſit vivere:* tanta poſſeſſio, id eſt, tanta ſubſtantia, tantæ facultates. Sed maximè de rebus ſoli ſeu prædiis dicitur. Cicero *orat. 1. in Catil. Qui magno ære alieno majores etiam poſſeſſiones habent.* apud noſtros paſſim. *l. pen. ff. de alien. jud. mut. ca. l. quaſitum. 12. pr. ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg. l. 3. ff. de extraord. cogn. l. 6. l. 15. Cod. de rei vind. l. 2. C. de probat. l. 8. C. de compenſ.* &c. eadem ſcilicet ſignificatione, qua apud Græcos κτῆμα, aut apud Poëtas κτέαρ. Denique & illud notandum, poſſeſſionis verbum interdum abuſive uſurpari pro uſucapione, forte ideo, quia poſſeſſionis civilis proprius hic effectus eſt, ut eam ſuo tempore ſequatur uſucapio: ita uſurpatur id verbum in *l. denique. 19. ff. ex quibus cauſis major. l. ait prætor. 23. §. 1. eod. l. poſſeſſio. 20. ff. de uſu-cap.*

Ergo, ut dixi, Paulus in *l. 1. pr. ff. de acq. poſſ.* non definivit poſſeſſionem, ſed poſt allatum etymon nuda deſcripione contentus dixit eſſe κατοχήν. Quomodo igitur eam definiemus? Sane quoniam definitio omnes ſpecies complecti debet, eaſque multas habet poſſeſſio, cum alia ſit civilis, alia naturalis; alia juſta, alia injuſta; alia corpore, alia jure conſtans, de quibus ſpeciebus mox ex profeſſo, maluerunt olim peritiſſimi homines à definitione poſſeſſionis abſtinere. Accurſius in *l. ſtipulatio. 38. §. hæc quoque. 5. ff. de verb. obligat.* ait eos auſos non fuiſſe poſſeſſionem definire. Quid ergo? an non poteſt dari plena & perfecta poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies ejus omnes complectatur,

 atque,

atque, ut in ſcholis loquuntur, quæ cum ſuo definito reciprocetur? Ajo enim vero, nam quod difficile eſt, non utique & impoſſibile. Quamobrem, ut mori publico ſatisfiat, eam hoc modo definio: Poſſeſſio eſt rei corporalis detentio, cui ineſt affectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi. Vox detentionis hic locum generis obtinet. Latius enim patet tenere, quam poſſidere; quippe cum is etiam teneat, qui ſine judicio, aut voluntate affectuve tenet. At detentio, quæ in poſſeſſione locum habeat, juncta eſſe debet cum affectione & voluntate tuendi. *l. qui jure.* 41. *ff. de acq. poſſ.* qua de cauſa etſi tenet furioſus, non poſſidet. *l.* 1. *§.* 3. *& §. ideo.* 10. *ff. eod.* Deinde detentio hæc vel vera eſt, puta cum is, qui poſſidet per ſe & corpore ſuo, non per alium poſſidet; vel ficta per juris interpretationem, puta cum poſſideo corpore alieno & animo meo, vel ſimul corpore & animo alieno: *l.* 3. *§. ceterum.* 12. *ff. eod.* unde orta diviſio poſſeſſionis in eam quæ jure & corpore conſiſtit. *l. nemo.* 10. *C. eod.* Sequitur, *rei corp.* quia res incorporales natura ſua poſſeſſionem non recipiunt. *l. ſi ædes.* 32. *§* 1. *ff. de ſerv. præd. urb. l.* 4. *§. ſi viam.* 27. *ff. de uſuc. l. ſervus.* 43. *§.* 1. *ff. de acq. rer. dom.* Nulla enim res detineri poteſt, niſi corpus, & poſſeſſionis initium eſt corporis ad corpus adjunctio. Ac proinde rerum incorporalium dicitur quaſi poſſeſſio. *l. ait prætor.* 23. *§.* 2. *ex quibus cauſis maj. l. ſi quis diuturno.* 10. *ff. ſi ſervitus vind. l. tertia. paragrapho pen. ff. unde vi.* & interdicta conſtituta de ſervitutibus, quæ ſunt res incorporales, quaſi poſſeſſoria. *l. ult. ff. de ſervit. dict. l.* 3. *§. pen. unde vi.* quæ cauſa eſt, quod Græci rebus incorporalibus non tribuunt κατοχήν ſed χρῆσιν. Et recte igitur Theophilus *Inſt. de interd.* νομὴ, inquit, ἐϛι σωματικοῦ πράγματος κατοχή. At male illi, qui ita diſtinguunt, ut dicant res corporales perfecte & nobiliori modo poſſideri, res incorporales minus perfecte. Dicendum enim eſt illas vere & proprie poſſideri, has non item: vox *quaſi* nota eſt improprietatis.

Non adjeci in definitione rei corporalis ab aliis poſſeſſoribus vacuæ, hoc enim qui addunt, putant rem eandem à pluribus in ſolidum poſſideri non poſſe: quod an verum ſit, merito dubitet propter *l.* 3. *pr. ff. uti poſſid. l.* 6. *§.* 1. *ff. de acq. poſſ. l. ſciendum.* 15. *§.* 3. *ff. qui ſatisd. cog.* cum ſimilibus. Utrique diverſi generis poſſeſſio penes duos eſſe poteſt, ut naturalis apud creditorem, civilis apud debitorem. *l. ſervi.* 16. *ff. de uſuc. l. ſi pignori.* 36. *& l. ſeq. ff. de acq. poſſ. l. ſi pignus.* 37. *ff. de pign. act.* ſed hoc pluribus nunc excutere non lubet. Poſtremo non dixi in definitione, animo aut opinione domini, quod item plerique adjiciunt: quia tunc definitio ad eam fere ſpeciem poſſeſſionis duntaxat pertineret, quæ civilis eſt, & ad uſucapionem prodeſt. Nos vero omnes poſſeſſionis ſpecies definitione noſtra complecti voluimus: apertæ autem duæ ſpecies poſſeſſionis conſtituuntur, quarum altera ſit cum animo & opinione domini, altera non item. *l.* 7. *§.* 4. *ff. comm. divid. l. quæcunque.* 13. *§.* 1. *ff. de Publ. in rem. act. l. ſi ſervus.* 22. *§.* 1. *ff. de nox. act.* Is cui ea mente poſſeſſio tradita eſt, ut eam poſtea reſtituat, poſſidet, quamvis affectu domini rem non tenet. *l. ſi quis.* 17. *§.* 1. *in fin. ff. de acq. rer. dom.* Si omittendæ poſſeſſionis cauſa res apud ſequeſtrem depoſita ſit, ſequeſter poſſidet. *l. intereſſe.* 39. *ff. de acq. poſſ.* qui tamen animum dominantis non habet. Quare cum Theophilus *§.* 4. *Inſt. per quas perſ. cuiq. aq.* ita definit poſſeſſionem, νομή ἐϛι τῇ ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι, non eſt credendum eum in genere poſſeſſionem definire voluiſſe, ſed eam duntaxat ſpeciem, quæ civilis dicitur, accommodata ſcilicet definitione ad verba textus Juſtinianei. Nam cum dixiſſet Imperator, bonæ fidei poſſeſſorem uſucapto ſervo per eum ex omnibus cauſis acquirere, mox ſubjicit, fructuarium uſucapere non poſſe, addita etiam hac ratione, quia non poſſidet: quem tamen conſtat naturaliter poſſidere *l.* 12. *ff. de acq. poſſ.* Videamus nunc quotuplex ſit poſſeſſio.

Prima & principalis diviſio poſſeſſionis hæc ſit, quod alia civilis eſt, alia naturalis. Civiliter poſſidet, qui animo & cogitatione domini poſſidet juſta ex cauſa & bona fide. Is autem ideo dicitur civiliter poſſidere, quia hæc poſſeſſio ei prodeſt, ad civilem uſucapionis effectum: atque ad hanc ſpeciem tantum pertinet definitio illa Theophili ſupra relata. Hæc poſſeſſio ſæpe abſolute & κατ᾽ ἐξοχὴν poſſeſſio dicitur, ut cæteri, quibus poſſeſſio ad uſucapionem non prodeſt, hoc reſpectu interdum dicantur non poſſidere. *§. de iis autem.* 4. *verſ. fructuarius vero. Inſtit. per quas perſ. cuique acq.* ſed potius eſſe in poſſeſſione. *§.* 5. *Inſtitut. de interdict. l.* 6. *§. ſecundo. ff. de precar. l.* 9. *ff. de rei vind. l.* 8. *ff. commod.* Naturaliter poſſidet, qui injuſte, aut abſque animo & affectu domini poſſidet. Diviſio hæc petita eſt ex *l.* 1. *§. dejicitur,* 9. *& ſeqq. ff. de vi & de vi arm. l. cum heredes,* 23. *§. ſecundo, & l. ſeqq. de acq. poſſ. l.* 1. *§. primo.*

§.primo. ff.pro hered. l.3. §.ultimo. l.tigni.7. §.1. ff.ad exhib. l.quæcunque.13. §.primo. ff.de publ. in rem. act. l.7. §.neque.11. ff.comm. divid.

Civilis poſſeſſio ſemper juſta eſſe debet: naturalis modo injuſta eſt, *l.ſi eum.26 pr. ff.de donat. int. vir. & ux. l.quod uxor.16. ff.de acq.poſſ. l.1. §.9. & 10. ff.unde vi. l.7. §.4. ff.comm.div.* modo juſta. *l.13. §.1. de publ in rem. act. l.12. ff. de acq. poſſ. l.ſi ſervus 22. §.1. ff.de nox. act. dict.l.7. §.4. comm. div.* & qui ita poſſident, interdum & bona fide poſſidere dicuntur. *l.ſi pignore.22. §.ſecundo. ff. de pign. act.* ſed tunc bonæ fidei poſſeſſor non intelligitur is, qui civiliter poſſidet, ſed qui juſte, licet non ex cauſa, ex qua dominium tranſire ſolet, ut in *dict. l.13. §.1. de publ.in rem act.* & *d.l.22. §.primo. ff. de noxal. act.* At in materia uſucapionis alio ſignificatu dicitur bonæ fidei poſſeſſor, nempe is qui civiliter poſſidet ad civilem uſucapionis effectum. Sed & qui injuſte, hoc eſt, ſine titulo poſſidet, ſi illæſam habeat rei alienæ, quam poſſidet, conſcientiam, forte quod in jure errans ſe dominum factum putet, bona fide poſſidere dicendus eſt, quamvis uſucapio ei non procedat. *l.ubi lex.24. l.ſi fur.32. §.1. ff. de uſucap.* nam quæ poſſeſſio propter defectum tituli injuſta eſt, propter voluntatem domini eam tradentis pro bonæ fidei habenda eſt. *arg. l.fructus.45. ff de uſur.* Interpr. vulgo civilem poſſeſſionem ex animo, naturalem ex corpore & animo æſtimare ſolent, ſed minus recte: quanquam non tam craſſe diſputant, ut civilem exiſtiment per diſceſſum demum exiſtere; ſed eam, quæ cum naturali antea conjuncta erat, retineri; naturalem autem ſolam amitti, vel potius modum poſſidendi mutari: quippe corpore tenere aut animo, non tam eſſe ſpecies poſſeſſionis, quam modos poſſidendi. *l.3. §.Nerva.13. ff. de acq.poſſ.* ubi hactenus res poſſideri dicitur, quatenus, ſi velimus, naturalem poſſeſſionem nanciſci poſſumus. Hinc vero apparet diviſionem poſſeſſionis in juſtam & injuſtam non eſſe diviſionem primam, ſed ſubdiviſionem. Item non omnem poſſeſſionem injuſtam eſſe malæ fidei. Denique nec omnem naturalem eſſe injuſtam, neque omnem quæ juſta eſt eſſe civilem.

Porro eorum, qui naturaliter poſſident, eſt & hæc ſubdiſtinctio, quod aut ſibi ſuove nomine poſſident, veluti quod prædo, aut quod conjux à conjuge ſibi donatum poſſidet, aut quod fructuarius, licet hic deſit animus dominantis. *l.fructuarius.21. ff.quemadm ſerv. am.* Et hujuſmodi poſſeſſoribus etiam remedia poſſeſſoria dantur. *l.1. §.9. & 10 ff.de vi & de vi arm. l.3. §13. eod.* aut nomine alieno: quomodo poſſident, quicunque noſtro nomine in poſſeſſione ſunt. *l.generaliter.9. l.quod meo.19. ff.de acq. vel amitt. poſſeſſione. §.poſſidere. Inſt. de interd. l.2. §.1. de act.empt. l.7. §.item ſi duo.8. & §.neque.11. ff. comm. dividundo.*

Rurſus alia eſt poſſeſſio, quæ jure, alia, quæ corpore conſtat. *l nemo.10. C de acq. hered.* quæ diviſio locum habet tam in civili, quam in naturali poſſeſſione. Civilis poſſeſſio corpore conſiſtit, cum ipſe per ſe poſſidet, qui eſt in conditione uſucapiendi. Jure eadem conſtat, cum per alium poſſidet, ut in *l.1. §.per extr.8. l.3. §.cæterum.12. l.quod meo.18. l.qui pignoris.36. ff.eod. l.ſervi.16 ff. de uſuc.* Naturalis poſſeſſio corpore conſtat, cum is qui naturaliter poſſidet, per ſe poſſediſſet, non per alium: eadem jure conſiſtit, veluti ſi rem pignori obligatam debitor conduxerit aut precario rogaverit, poſſeſſio creditoris, quæ naturalis eſt, jure conſtat. *l.ſi rem.29. l.ſi quis.36. §.ult. & l.ſeq. ff. de pign. act. l.res pignoris.37 ff.de acq.poſſ.*

In poſſeſſione, quæ jure conſtat, admittitur fictio, eaque jure civili, unde ortum habet, infirmatur. *l.ait prætor.23. §.3. ff.ex quib. cauſ maj. l in bello.12. §2. ff.de capt. & poſtl. rev.* Hinc eſt, quod hæc poſſeſſio plurimum juris habere dicitur, & non tantum corporis, ſed & juris eſſe. *l.poſſeſſio 49. princ. & §.1. ff.de acquir.poſſ* At poſſeſſio quæ corpore conſtat, facti magis eſt, quam juris *l.1. §.furioſus 3. & ſeq. ff. eod.* id eſt, plurimum, ut alibi dicitur, facti habet. *l. denique 19 ff ex quib. ca. maj.* & ideo fictionis non eſt capax, nec infirmatur jure civili. *dict. l.denique. l.ait prætor.23. §.1. ff.ex quib. cauſ. maj. l.cum heredes.23. §.1. ff.de acq.poſſ. l.in bello.12. §.2. ff. de capt. & poſtl rev.* ubi Marcelli ſententia non diſtinguentis rejicitur approbata Juliani. Illud notandum eſt, poſſeſſionem, quæ corpore conſtat, aliquando appellari naturalem; quo ſignificatu naturalis poſſeſſio nihil aliud eſt, niſi poſſeſſio actualis, quam quis corpore ſuo habet, & naturaliter poſſidere, eſt non ſolo animo, ſed & corpore poſſidere, ut in *l.ea quæ.53. ff.de acq.rer. dom. l.1.pr. & §.1. l.3. §.3. & 13. l.23. pr. & §.1. ff.de acq.poſſ.* ſive corpore & animo poſſeſſioni incumbere, ut loquitur Marcellus in *l.qui bona.19. §.1.ff. eod.* Certe quod in *dict. l.23. pr.* dicitur naturaliter apprehendi, id in *dict. l §.1.* dicitur corporaliter amitti, ita ut hæc ſubinde promiſcue ſumantur; naturaliter poſſidere & corporaliter.

Et hoc ſenſu ſi accipias naturalem poſſeſſionem, poteſt utique talis poſſeſſio ſimul etiam civilis eſſe, ut ex locis allegatis apparet: & tunc poſſeſſio civilis & naturalis non opponuntur. At cum dico aliam eſſe poſſeſſionem civilem, aliam naturalem, (diviſio & oppoſitio eſt in *l. 1. §. 9. & 10. ff. de vi & de vi arm. l. 24. ff. de acq. poſſ. l. ſi eum. 26. ff. de donat. int. vir. & ux.* cum ſimilib.) tunc poſſeſſio naturalis longe aliud eſt, nempe ea poſſeſſio, quam quis habet ſine titulo aut opinione domini, & proprerea ex adverſo opponitur civili poſſeſſioni, ut hæ duæ ſpecies ſimul eodem tempore concurrere & eædem eſſe non poſſint: quamvis poſſint, ut duæ diverſæ poſſeſſiones in eadem eſſe perſona, ut unus & idem poſſideat civiliter & naturaliter, uti in ſpecie *l. qui pignoris 36. ff. de acquir. poſſ.* ubi idem & civiliter poſſidet, & precario, id eſt, naturaliter. *add. l. 29. l. 35. § 1. l. 37. ff. de pign. act junct. l. 16. ff. de uſucap.* Atque hæc locutionis homonymia & duplex naturalis poſſeſſionis ſignificatio omnes, quotquot vidi, Interpretes conjecit in varios errores & perplexas diſputationes. Vaſquius ex hujus rei ignorantia putavit, jure primævo dominium rerum acquiſitum fuiſſe poſſeſſione naturali, quæ civili opponitur. *lib. 2. controverſ. cap. 57. n. 21. & ſeqq.*

Non obſtat his diviſionibus, quod tituli ff. & C. concepti ſunt de acquirenda poſſeſſione, quaſi hinc efficiatur unam eſſe duntaxat & ſimplicem poſſeſſionem. Nam etſi genus plures habet ſub ſe ſpecies, recte tamen numero unitatis proponitur. Sic cum in *l. 3. § genera. 21. in fin. ff. eod.* unum dicitur eſſe genus poſſeſſionis, non ideo negari poteſt eſſe ſub hoc genere diverſas ſpecies. Et poſſeſſio ibi confertur cum titulis & cauſis poſſidendi, quæ cum valde multæ ſint & variæ, earum reſpectu unum eſſe genus poſſidendi dicitur; ſpecies, quo nomine Juriſconſultus illic intelligit cauſas & titulos, infinitæ. Sed & alias non ſemper genus & ſpecies ſignificatione dialectica à noſtris uſurpantur. *l. 4. §. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. Thais. 41. § item quæro. 8. de fideicommiſſ. libert.*

Alio & plane diverſo reſpectu ac ſenſu dicitur aliquis pleno jure poſſidere, nempe, qui plenum jus dominii habet. *l. 1. C. de revoc. donat. Bald. in l. fœmina. 3. §. illud etiam. C. de ſec. nupt. Mindan. de mat. poſſ. c. 7. n. 9.* Itaque cæteri, qui domini non ſunt, etſi civiliter & bona fide juſtoque titulo poſſident, non tamen dici poſſunt pleno jure poſſidere. Sed ea ſpecies poſſeſſionis, quam dominus pleno jure habet, & quam cauſalem appellare poſſumus, huc non pertinet, non magis, quam uſusfructus cauſalis aut cauſales ſervitutes ad argumenta de uſufructu aut de ſervitutibus prædiorum.

CAP. XXXVII.

An in eo, quod intereſt, æſtimando etiam lucri ratio habeatur?

Verbum hoc *intereſſe* in jure noſtro dupliciter uſurpari ſolet, uno modo generaliter pro eo, quod ad utilitatem vel publicam, ut in *l. 1. ff. ſolut. matrim. l. ſervo. 65. §. 2. ff. ad Senat. Trebell. l. intereſt. 18. ff. de reb. auct. jud. l. 1. §. 1. ff. de incend. ruin. naufrag.* vel privatam alicujus pertinet, ut in *l. pen. ff. ad exhib. l. 7. ff. de ſerv. export. l. pater filia. 71. ff. de evict. l. & heredis. 21. §. ult. ff. de pact.* cum ſimilib.; altero modo ſpecialiter pro eo, quod extrinſecus rei ſuccedit vel accedit ob damnum acceptum, aut lucrum amiſſum, de quo ſolo hic quæritur. Sic autem dicitur ad differentiam rei ſeu debiti principalis: nec tantum rem ipſam principalem, ſed etiam æſtimationem ejus excludit. *l. 1. §. conſiderandum. 20. ff. de tut. & rat. diſtrah.* Unde recte infert Molinæus, *tract. de eo, quod inter ſt.* remittentem damna & intereſſe non cenſeri remittere rem principalem. Et vulgo quidem tria ejus, quod intereſt, genera conſtituuntur: conventum, quod ſit pœna nomine ejus, quod intereſt, promiſſa; ſingulare, quod ex privata affectione æſtimetur: & commune, quod æſtimetur, quanti res communiter omnibus valet. Sed ex tribus hiſce generibus duo priora hinc removenda, conventum ſcilicet, quia pœnæ quantitas certa eſt, & peti poteſt etiam tunc, quando nihil intereſt. *l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. oblig.* & ſingulare, quoniam res non ex affectione ſingulorum privata æſtimantur; ſed ex eo, quanti

quanti communiter omnibus valent. *l. pretia rerum.* 63. *ff ad leg. Falcid. l. ſi ſervum.* 33. *ff. ad leg. Aquil.* Bene vero ſic id, quod intereſt, vulgo definitur, quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus: ſeu damnum emergens & lucrum ceſſans ex eo, quod factum non eſt, quod fieri debuit. *l. ſi commiſſa.* 13. *ff. rat. rem hab. l. un. C. de ſentent. quæ pro eo quod int. prof.* Ergo ut quid noſtra interſit, hinc pendet, ſi quid amiſimus ob id, quod factum non eſt, quod fieri debuit; aut ſi quid lucrari potuimus, ſi factum eſſet, quod promiſſum eſt, quod quia factum non eſt, lucrati non ſumus. Et quidem cum apud veteres dubitatum eſſet, quænam in ejus, quod intereſt, taxatione partes eſſent Judicis, & ad quam uſque quantitatem id æſtimari deberet, viſum fuit Juſtiniano hujuſmodi prolixitatem, prout poſſibile eſt, in anguſtum coarctare, ſicut ipſe loquitur in *d. l. un. C. de ſent. quæ pro eo, quod int. prof.* Ait quoad poſſibile eſt, abſolute enim id definiri nequit, quoniam tota hæc quæſtio in facto, non in jure conſiſtit. *l. quatenus.* 24. *ff. de reg. jur.* ac proinde magis ad Judicis poteſtatem, quam ad juris definitionem pertinet. *l. ordine.* 15. *in fin. pr. ff. ad municipal. l.* 1. §. *quorum.* 4. *in fin. ff. ad Senat. Turpill.* Diſtinxit ergo Juſtinianus caſus certos à caſibus incertis: in illis vetuit id, quod intereſt, dupli quantitatem excedere: in his totum juſſit præſtari, quod intereſt. Caſus certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam, puta certam ſummam aliamve quantitatem in pondere, numero, menſura; vel ſpeciem certumve corpus. Proinde ſi v. c. venditor aut locator ob id, quod rem aut uſum rei non præſtant, in id, quod adverſarii intereſt, condemnandi ſunt, in eo æſtimando duplum dicti pretii aut mercedis excedi non oportebit, quia certam quantitatem hi caſus habent. Caſus incerti ſunt, qui quantitatem continent incertam. Cum autem nulla quantitas incerta eſſe poſſit, quæ quidem deſignetur, niſi quæ deſignatur ſub appellatione ejus quod intereſt, apparet eos ſolos caſus eſſe incertos, in quibus ejus, quod intereſt, præſtatio petitiove continetur. Itaque huc pertinent contractus omnes, quibus ut quid fiat, continetur; quales ſunt ſtipulationes faciendi, obligationes [illegible]dati, tutelæ, negotiorum geſtorum, maleficia, ex quibus actio in id, quanti ea res eſt, de qua agitur, ut fit in lege Aquilia de damno injuria dato, in interdicto unde vi iis rebus amiſſis, quæ in fundo erant; in furto ſurrepta ea re, quæ certo die ſub pœna debebatur; in ſumma actiones omnes, quibus indemnitas principaliter petitur. *l.* 13. §. 1. *ff. de re jud. l. ſi pœnam.* 68. *l. ſtipulationes.* [illegible]. *l. ubi autem.* 75. §. *ubi autem.* 7. *ff de verb. oblig. l. ſi procuratorem* 8. §. *mandati.* 6. *ff. mand. l.* 1. *ff. de tut. & rat. diſtr. l.* 2. *ff. de neg. geſt. l. ait lex.* 21. *ff. ad leg. Aquil. l.* 1. §. *non ſolum.* 41. *ff. de vi & vi arm. l. inficiando.* 67. §. 1. *ff. de furt.* In his igitur omnibus tantum, quantum revera intereſt, ex conſtitutione Justiniani præſtandum. Et quidem juxta veterum ſententiam, quam & Juſtinianus comprobat, in eo quod intereſt æſtimando non damni tantum, verum etiam lucri ratio habetur. *l.* 2. *in fin. ff. de eo quod cert. loc. l. ſi fundus.* 33. *verſ. nam & ſi. ff. locat. l. ſi commiſſa* 13. *ff. rat. rem hab* exempla *in l. proinde.* 22. *& l. ſeq. ff ad leg. Aquil. l. ſi mulier.* 21. §. 3. *&* 4. *ff. de act. rer. amot. l. ſi procurator.* 18. *ff. rat. rem hab.* Unde igitur nata dubitatio, an in æſtimando eo, quod intereſt, etiam lucri ratio habenda? Ex eo videlicet, quod veteres contraria in ſpeciem reſpondiſſe videntur, nam quidam ſunt loci, in quibus lucrum ab eo, quod intereſt, diſerte removetur, ut in *l. ſi ſterilis.* 21. §. 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & comm. rei vend. l. Proculus ait.* 26. *ff. de damno infect. l.* 1. §. *ſicut autem.* 21. *ff. de aq. pluv. arc. l. ſi is cui.* 71. §. 1. *ff. de furt.* Quid igitur ad hoſce locos reſpondemus? Nimirum removeri quidem his locis lucrum ab eo, quod intereſt, ſed lucrum, quod aut circa rem non conſiſtit (extrinſecum vulgo vocant) quale damnum ſimiliter removetur; aut injuſtum, quod merito veteres exceperunt. Id vero ita eſſe, quivis intelligere poterit, qui modo cauſas, quæ in hujuſmodi locis proponuntur; earumque rationem, quæ ad hypotheſin accommodatur, animadvertet. Paulus in *d. l. ſi ſterilis.* 21. §. 3. *ff. de act. empt.* excludit lucrum, ſed an ideo, quia putet damni tantum, non etiam lucri habendam rationem? minime: quoniam non ſolum lucrum removet, quod circa rem non conſiſtit, ſed etiam hujuſmodi damnum: ait enim non magis id lucrum æſtimandum, quam ſi emptor triticum emerit, & ob eam rem, quod non ſit traditum, familia ejus fame laboraverit, &c. Removet ergo id lucrum duntaxat, quod non circa rem conſiſtit. Idem reſponſum eſto ad *d. l. ult. ff. de peric. & commodo rei vend* cui adde *l. venditor.* 21. *verſ. pretium enim. ff. de hered. vend.* In *d. l. Proculus.* 26. *ff. de damn. infect.* damnum quidem admittitur, & lucrum ſimpliciter excipitur: ſed agitur illic de lucro injuſto, de eo lucro, quod ab ipſo vicino & ejus beneficio habebatur, quo non diutius uti licet, quam quoad is patitur, nec lu-

crum abſolute, ſed veluti lucrum appellatur. Simile eſt, quod in *d. l. 1. §. ſicut autem. 21. ff. de aq. pluv. arcend.* Ofilius & Labeo ajunt, actionem aquæ pluviæ arcendæ locum habere, ſi aqua pluvia noceat, non ſi non proſit, veluti ſi vicinus opus fecerit, ne aqua, quæ alioquin decurrens agro meo proderat, huic proſit. Permittitur enim cuilibet ſibi conſulere, etiamſi per id ex conſequentia alter commodo aliquo privetur, aut etiam incommodo aliquo afficiatur. *l. cum eo. 9. ff. de ſerv. præd. urb. l. ſicut. 8. §. Ariſto. 5. ff. ſi ſerv. vind. l. ſi in meo. 21. ff. de acq. pluv. arc.* In *l. ſi is cui. 71. §. 1. ff. de furt.* non definitur Tò intereſſe, ſed cujus interſit in actione furti: ubi rectè dicitur ejus intereſſe videri, qui damnum paſſurus eſt, non ejus, qui lucrum facturus? quia in eo genere lucrum non poteſt niſi injuſtum eſſe. Nam ſive res noſtra ſurrepta eſt, & eſt aperte damnum, ſive aliena, cujus cuſtodiam debemus, & idem eſt, ſi ea non recepta damnum luere domino cogimur. Quod ſi quis hoc tantum ſua intereſſe dicat, ut lucrum poſſeſſionis faciat, eamve poſſidendo quærat, id ex re aliena non honeſte captatur. *add. Cont. tract. de eo quod int. c. 3. & 4. Alciat. in comment. ad d. l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. cap. ult. Donell. cap. 19.*

CAP. XXXVIII.

Num in taxatione ejus, quod intereſt, id omne quod actor conſequi potuit, neque conſecutus eſt, ſine exceptione æſtimetur?

JUſtinianus ſic ex veterum ſententia conſtituit: Damnum, quod revera inducitur; lucrum, quod revera abeſt, præſtetur. *l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* Non eſt autem dubitandum, quin his verbis Juſtinianus exprimere voluerit id, quod ex veteribus Paulus ſcripſit, omnem utilitatem in æſtimationem venire, quæ circa rem conſiſtit; non venire, quæ extra rem ſit. *l. ſi ſterilis. 2. §. 3. ff. de act. empti.* Id vero hanc habet ſententiam, ut non continuo id, quod haberi potuit, præſtito eo, quod debebatur, quaſi abſit, æſtimari debeat; ſed quod ideo abeſt, quia datum factumve non eſt, quod dari aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus, ut haberi certo potuerit, ut potuerit ex eo ſolo, quod præſtandum erat, non aliunde; ac proinde duas utilitates hinc removemus. 1. Si quid habere ex re petitor potuit, ſed ita, ut etiam potuerit non habere. 2. Si quid habere potuit certo quidem, ſed non minus aliunde, quam ex eo, quod debebatur. Exemplis res plana fiet. Retia piſcatorum, quæ capiendorum piſcium gratia in flumine poſuerant, culpa alicujus fracta ſunt: placet duntaxat retium æſtimationem fieri, non piſcium: quia incertum fuit, an caperentur. *l. quemadmodum. 29. §. item Labeo 3. ff. ad leg. Aquil.* atque hoc ad res omnes ejuſdem generis transferre licet, puta ad venationem & aucupium. Plane ſi in contractu actum ſit, ut incertus v. c. captus piſcium æſtimaretur, is æſtimandus eſt propter conventionem. *l ſi jactum. 12. ff. de act. empti.* nempe jactu retis vendito non tam ipſe jactus venditus, quam quod eo jactu caperetur, venditum intelligitur: æſtimatio autem redigetur ad id, quod conſuetum eſt capi, per *l. 1. ff. de uſur. Molin. tract. de eo, quod int. n. 81. & ſeq.* Vinum aut frumentum venditum eſt, nec traditum, non eſt æſtimandum, quod his rebus traditis emptor forte negotiari potuit, & lucrum facere: quoniam hæc utilitas non ex re, ſed propter negotiationem percipitur, nempe ex opera atque induſtria mercatoris, qui occaſione oblata uti voluit. *l. ſi ſterilis. 21. §. 3. ff. de act. empt l. ult. ff de peric. & commodo rei vend. junct. l. venditor. 21. verſ. pretium enim. ff. de hered vel act. vend.* Neque tamen idem putamus eſſe ex corpore rei naſci & circa rem conſiſtere: ſed circa rem conſiſtere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipſa ſecum fert, ſibique adjunctam habet, licet extrinſecus veniat, meritoque Molinæus *d. tract. num. 13.* Doctorum diſtinctionem in intereſſe intrinſecum & extrinſecum improbat: quia quæcunque utilitas proprie circa rem conſiſtere dicitur, ea extrinſecus venit. Ex re non naſcuntur mercedes ex operis ſervi, penſiones ex rebus locatis, pretium ex re vendita, quorum tamen utilitatem maxime circa rem conſiſtere convenit. Servus, qui heres inſtitutus venditus & traditus erat, evictus eſt: placet etiam ob hereditatem a-

ſam ex empto agi poſſe. *l.* 8. *ff de evict.* quia hereditatis utilitas circa rem conſiſtere intelligitur, non quod ex re naſcatur, ſed quod ejus parandæ cauſa in ea re, quæ debebatur, fuit. Atque in univerſum non quid paretur & unde veniat, ſed unde ejus quærendi cauſa hic ſpectandum eſt. Exempla de damno circa rem in *l. proinde.* 22. *& l. ſeq.* §. 3. *ff. ad leg. Aquil. l. in hac ſtipulatione.* 28. *ff. de damno infecto.* Circa rem autem non conſiſtit, quod vel certo habere petitor non potuit, vel non minus aliunde habere, quam ex eo, quod debebatur; veluti ſi vino aut frumento vendito & tradito emptor potuerit negotiari & lucrum facere: & ideo hoc non æſtimatur. *l. ſi ſterilis.* 21. §. 3. *ff. de actionib. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ejuſdem generis ſunt utilitates, ne pœna committatur, aut pignora diſtrahantur, ne familia fame laboret; quia aliunde percipi poſſunt.

Sed occurritur nobis ex Ulpiano, qui contra quam Paulus in *d. l. ſi ſterilis.* 21. §. 3. *ff. de act. empt.* etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non eſt, nec circa rem conſiſtit, rationem habendam eſſe tradit, non in damno ſolum, ſed etiam in lucro, prolatis iiſdem exemplis, quibus & Paulus utitur. Locus Ulpiani eſt in *l.* 2. §. *ult ff. de eo quod. cert. loc.* qui locus uſque adeo turbavit Alciatum, ut contra omnes fere (quanquam temere & perperam) ſtatuerit, habendam eſſe rationem omnis utilitatis, quam actor conſequi potuit, etiamſi ea circa rem non conſiſtat, præterquam in venditione; idque ſine diſtinctione rerum aut adjectionis loci, aliuſve circumſtantiæ. Quomodo ergo hæc conciliamus? Nimirum ſi dicamus nunquam eam utilitatem, quæ ex re non eſt, ſeu quæ eodem modo aliunde percipi poteſt, æſtimandam eſſe, niſi appareat in contrahendo ejus quoque habitam eſſe rationem: quod ſi contingat, conventionem ſervandam eſſe. De ſolo autem tali caſu loquitur Ulpianus in *d. l.* 2. §. *ult. ff. quod cert. loc.* Agit enim ne pecunia, quæ certo loco promiſſa alio in loco petitur actione arbitraria, in qua ait [illegible] utilitate actoris æſtimari, quod actor forte eo loco, quo pecunia dari promiſſa eſt, pecuniam [illegible] ſub pœna vel pignotibus, & ob id, quod pecuniam eo loco non acceperit, pœna commiſſa ſit, aut pignora diſtracta. At quamobrem? nempe quia adjectione loci id actum eſſe intelligitur: nam cum locus non fruſtra adjiciatur, apparet creditorem ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit, ſolutionem retuliſſe. *Cont. in ſchol ad d. l. un c.* 4. *in fin. Perez. ad Cod. d. tit. n.* 18. Neque id in pecunia numerata ſolum locum habet, ſed etiam, & vel magis in alia quavis re fungibili: ut bene *Molin. n.* 97. *& ſeq. Donell. c.* 11. contra Bartolum & pleriſque alios Interpretes. Nec vero ſola loci adjectio hoc efficit, verum etiam ſolutionis in certam perſonam aut tempus collatio, ſi creditori expediat perſonæ adjectæ eove tempore ſolvi, propter ejuſdem generis utilitates, ut diſerte Papinianus in *l. liber homo.* 118. §. *ult. ff. de verb oblig.* & Ulpianus in *l. ſi fundus.* 114. *ff. eod. l.* 4. *pr. ff. quod cert. loc.* Enim vero non omnis utilitas, quæ ubique capi potuit, hic æſtimabitur, ſed ea tantum, ad quam adjectione harum circumſtantiarum credibile eſt reſpexiſſe actorem, ut liquido apparet ex verbis Ulpiani in *d. l.* 2. §. *ult. quid ſi merces ſolebat comparare.* Igitur adjectione loci id tantum agi intelligitur, ut eam utilitatem conſequatur actor, quam eodem in loco conſequi potuiſſet, ſi pecunia ibi ſoluta fuiſſet. Quod ſi eo loco nihil interfuit, quamvis, ſi alibi ſoluta eſſet pecunia, actor conſecutus eſſet, ne ibi in pœnam incideret, aut pignora diſtraherentur, nullam hujus rei rationem duci oportebit. Stipulatus ſum mihi aut Titio dari, non omne æſtimabitur, quod interfuit mea, ſed quod interfuit Titio ſolvi: puta ne ſi Titio ſolutum non eſſet, pœna, quam promiſeram, committeretur. *d. l. liber homo.* 18. §. *ult. de verb. oblig.* At ſicubi alias expedierit mihi pecuniam ſolvi, id in æſtimationem non venit; quia hoc actum non eſt. Temporis adjecti eadem ratio, ſi temporis utilitas intervenerit *d. l. ſi fundus.* 114. *de verb. oblig. d. l.* 4. *pr. quod certo loc.* Hoc igitur genere utilitatis in his cauſis recepto, conſequens fuit, ut non ſolum damni, ſed etiam lucri ratio haberetur. Finge ſtipulatorem pecunia ſuo loco accepta merces comparare potuiſſe, tritico accepto negotiari & lucrum facere: hoc quoque æſtimabitur *d. l.* 2. *in fin. ff. quod certo loc.* parem enim eſſe damni facti & lucri amiſſi rationem ſupra effectum eſt. Illud intereſt, quod in damno perſona non diſtinguitur: nam ſtulte quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit: & omnino ubi quid amiſſum eſt, queri nequit, an amitti potuerit. In lucro autem perſonæ conditio & conſuetudo ſpectanda eſt, ut videri poſſit ad eam ſpem & cogitationem voluiſſe loci adjectionem referre. Finge mercatorem eſſe, qui merces eo loco comparare & negotiari ſolitus

ſit.

ſit. *d. l. 2. §. ult. in fin.* recte nempe hic, ſi lucrum factum non eſt, quæretur, an acquiri potuerit, idque conjecturis exquirendum eſt. Pluribus hæc exequitur Donellus in *d. l. 2. §. ult. & d. c. 11. circa fin. add. Mant. lib. 10. de tac. & ambig. conv. tit. 7. num. 7. & ibi alleg.*

CAP. XXXIX.

An interdictum ſeu judicium poſſeſſorium recte cumuletur cum petitorio ſive rei vindicatione?

CONcurrere plures actiones dupliciter dici poſſunt, elective ſive disjunctim, ut una tantum ex pluribus, quæ competunt, experiri liceat, qua in judicium deducta, cæteræ conſumantur. *§. caterum. 5. Inſt. quod cum eo, qui in al. pot. l. pro ſocio. 38. §. 1. ff. pro ſoc. l. eligere. 9. §. 1. ff. de trib. act. l. in duobus. 28. §. 4. ff. de jurejur. l. qui ſervum. 34. §. 1. ff. de obl. & act.* & cumulative ſive conjunctim, ut omnibus experiri liceat, nec una alteram conſumat, qui verus eſt concurſus. Atque earum, quæ ita concurrunt, aliquando hæc cumulandi ratio eſt, ut utraque ſimul & eodem tempore uti liceat, quod fit, quando diverſarum rerum nomine competunt: ubi tamen & diverſæ ſententiæ ferendæ. *l. 11. ff. de juriſd. l. & hac diſtinctio. 35. §. 1. ff. locat. l. 9. §. 1. ff. de trib. act.* atque eo plerique referunt. *l. 32. ff. de oblig. & act. l. 2. §. 1. & 2. ff. de priv. delict. l. nunq. 130. ff. de reg. jur.* Interdum hæc, ut non ſimul omnes, ſed ſingulæ ſeorſim & in diverſis judiciis exerceri debeant, quod fit, quando plures conjunctim competunt ejuſdem rei nomine. *l. 43. §. 1. ff. de reg. jur. d. l. 9. §. 1. ff. de trib. act. l. cum filius. 76. §. variis. 8. ff. de leg. 2. l. plura delicta. 53. ff. de obl. & act.* quam tamen diſtinctionem nunc ad amuſſim non examino. Sed & aliquando una è concurrentibus pendente altera interim inhibetur, idque vel propter præjudicium, quod alioquin alteri fieret; quomodo concurrunt condictio furtiva & actio furti *l. 7. §. 1. ff. de condict. furt.* at pendente actione furti illa denegatur, ne huic præjudicium fiat. Eodemque modo concurrunt vindicatio fundi & ſervitutis, ſed illa pendente hæc interim denegatur, ne præjudicium prædio fiat. *l. fundum. 16. ff. de except.* vel propter ordinationem judicii ipſamque procedendi rationem, quomodo dici poteſt concurrere interdictum ſive judicium poſſeſſorium cum rei vindicatione ſeu judicio petitorio, quamvis illo pendente hoc inhibeatur, propterea quod ad conſtitutionem judicii petitorii prius poſſeſſorium terminatum eſſe oportet. *§. retinenda. Inſt. de interdict.* Quæſtio autem propoſita in eo vertitur, an judicium poſſeſſorium cum petitorio ſic cumulari & jungi poſſit, ut utroque ſimul & eodem tempore experiri liceat, hoc eſt, ut utrumque eodem libello proponatur, utrumque ſimul dictetur, de utroque ſimul cognoſcatur, unaque ſententia utrumque terminetur. Movetur hæc quæſtio in interdictis adipiſcendæ & recuperandæ poſſeſſionis; à multis tamen & in interdictis retinendæ: vide *c. paſtoralis. & ibi latè Gloſſ. ext. de cauſ. poſſeſſ. & propr.* Nos in hac quæſtione probamus ſententiam Joannis & Azonis negantium, hæc judicia eo, quo diximus, modo cumulari poſſe, ſed prius de poſſeſſione, deinde de proprietate diſtinctis judiciis eſſe cognoſcendum, contra doctrinam Petri, qui omne poſſeſſorium cum petitorio cumulari poſſe contendit, & Martini, qui excepit tantum interdicta retinendæ poſſeſſionis. Etenim ut poſſeſſio nihil commune habet cum proprietate, *l. naturaliter. 12. §. 1. ff. de acq. poſſ.* & ut ſunt plane hæ res diſſimiles, *l. 4. §. ult. ff. de except. rei jud.* cum poſſeſſio ſit facti, dominium juris, *l. 1. §. 3. l. cum heredes. 23. ff. eod. l. denique. 19. ff. ex quib. cauſ. major.* ita etiam duas actiones non modo diſtinctas, ſed etiam inſociabiles pariunt, dominium rei vindicationem. *l. in rem. 23. ff de rei vind. §. 1. Inſt. de action.* poſſeſſio actionem in perſonam ſeu interdictum. *l. 1. §. pen. ff. de interdict.* ac proinde etiam duobus diſtinctis judiciis hæc tractanda ſunt: cum actiones contrariæ & incompatibiles cumulari nunquam poſſint. *l. 1. C. de furt. cum ibi not. l. 16. C. de inoff. teſt. Ant. Fab. C. ſuo for. tit. unde vi. defin. 8.* Placet autem poſſeſſionis litem prius decidi oportere, ac tum demum de cauſa proprietatis ab eodem Judice cognoſci. *l. ordinarii. 13. C. de rei vind. l. 3. C. de interdict. l. exitus. 35. ff. de acq. poſſ. l. ult. C. quorum bonor.* Ex quo int

intelligimus, niſi prius Judex de poſſeſſione judicaverit, jure ab ejus ſententia appellari poſſe, quod & diſerte traditum eſt *l. 1. Cod. de appell.* Quod ſi utramque controverſiam & poſſeſſionis & ſimul proprietatis eodem judicio cognoſci & terminari volumus, res erit inexplicabilis, & exitum reperire judicium non poterit. *dict. l. exitus. 35. ff. de acq. poſſ. l. inter litigantes. 62. ff. de judic. l. liberis. 7. §. ult. ff. de lib. cauſ.* quippe cum ut petitoria actio inſtituatur, prius conſtare debeat, quis ſit poſſeſſor; quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius poſſideat, & alius à poſſidente, qui hic reus eſt, petat. *§. retinendæ 4. Inſtitut. de interdict. dict. l. inter. 62. ff. de judic.* At ſi Judex de utroque ſimul cognoſcat, ſententiam ferre non poterit, quæ judicii exitus eſt. Nam in petitorio jubetur poſſeſſorem abſolvere, ſi petitor non probaverit ſe dominum eſſe. *l. ult. Cod. de rei vind.* Sed quomodo poſſeſſorem, quem ignorat, abſolvet? Ignorat autem quamdiu pendet cauſa poſſeſſionis. Quod ſi prius de poſſeſſione judicari oportet, perſpicuum eſt ſimul poſſeſſorio & petitorio judicio agi non poſſe. Atque hoc etiam Martinus admiſit, cum de poſſeſſione agitur interdicto retinendæ poſſeſſionis. Non idem autem nec ille nec plerique alii probant, ſi de poſſeſſione agatur interdictis recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis, veluti, ſi quis de fundi poſſeſſione dejectus experiatur interdicto unde vi, & idem ſe fundi dominum dicat: aut heres interdicto quorum bonorum de adipiſcenda poſſeſſione rerum hereditariarum, quarum & idem ſe dominum eſſe dicat. Hic ſtatuunt utrumque judicium poſſe concurrere, ut quis & interdicto experiatur ad recuperandam aut adipiſcendam poſſeſſionem, & ſimul judicio petitorio de proprietate, eo quod non minùs interdicta hæc, quam actio petitoria adverſus poſſeſſorem dentur, ut nulla hic videatur repugnantia. Sed nec hoc concedendum eſt: generalis enim hæc ſententia eſt tradita in *dict. l. ordinarii. 13. Cod. de rei vind.* poſſeſſionis quæſtionem prius decidi oportere: at in interdictis recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis etiam de poſſeſſione quæritur: ac proinde etiam controverſiam ex his natam prius decidi oportet. De ſpecie interdicti unde vi id expreſſe quoque cautum eſt *l. 1. Cod. de appell. l. ſi de vi. 37. ff. de jud.* Et ratio juris eadem hic eſt, quæ in caſu ſuperiore: nam nec, cum interdicto recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis agitur, conſtat, uter è litigatoribus pro poſſeſſore haberi, & commodo poſſeſſionis frui debeat, priusquam de poſſeſſione ex interdicto judicatum ſit: hoc autem non conſtituto non poteſt petitoria actio inſtitui. *l. inter. 62. ff. de judic. §. retinendæ. Inſtitut. de interdict.* Nec ad rem pertinet, quod qui poſſeſſionem ſibi reſtitui petit, vel nunc primum conatur adipiſci, adverſarium poſſeſſorem agnoſcit: nam ſi rem ipſam & effectum juris ſpectamus, nemo videtur poſſidere, qui poſſeſſionem retinere non poteſt. *l. non videtur. 22. ff. de acq. poſſ.* Contra vero, qui ad recuperandam aut nanciſcendam poſſeſſionem actionem habet, perinde habetur, quaſi poſſideret. *l. ſi quis vi. 17. pr. ff. eod. l. is qui. 15. ff. de reg. jur. l. id apud 143. ff. de verb. ſig.* Proinde ſive is revera poſſidet, bene eſt; ſive non poſſidet, tamen poſſesſio una cum poſſesſionis commodo ei tribuenda eſt ſententia Judicis: quod ſi Judex ante omnia non fecerit, juſte ab eo provocabitur. *l. 1. Cod. de appell.* Sed etſi juris auctoritate deſtitueremur, non aliter tamen reſpondere poſſemus propter horum judiciorum contrariam conditionem & finem. Judicii poſſeſſorii finis hic eſt, ut qui eo experitur, poſſeſſor judicatus commodo poſſesſionis fruatur: petitorii hæc conditio, ut, qui eo agit, petitoris onus in ſe ſuſcipiat, quæ cum ſint pugnantia, niſi prius de poſſesſione judicatum ſit, res exitum habere non poteſt. *dict. l. inter litigantes. 62. ff. de judic. §. retinendæ. Inſtitut. de interdict.* Fingamus actorem in poſſeſſorio ſuperiorem eſſe, inutilis tamen hæc ei victoria eſt, cum nihilominus petitorio experiens, & in eo perſeverans partes petitoris ſuſtinere debeat, quaſi commodo poſſesſionis repudiato. Si vincitur, aperte id ei inutile eſt. Quod ſi prius in petitorio pronuntietur pro actore, multo minus ulla poſſeſſorii utilitas eſſe poteſt, cum ex ſententia ſuper petitorio lata pleniſſima reſtitutio fieri debeat. Illa autem remedia demum vere cumulari dicuntur, ex quorum utroque aliquid conſequi poſſumus. Quod ſic injuria fit poſſidenti, cui ob eam cauſam & appellare licitum. *l. 1. Cod. de appellat.* Adde, quod ſi eodem tempore & de poſſesſione & ſimul de proprietate judicabitur, hinc pro actore, ut is poſſeſſor pronuntietur, illinc pro reo, ut is declaretur dominus, exibit forma ſententiæ, quæ proponitur in

cap. cum dilectus. ext. de cauſ. poſſ. & propriet. merito irriſa à Donello in *l.* 3. *num.* 8. *Cod. de interdict.* Nam profecto ridiculum eſt, ut Judex jubeat reum poſſeſſionem reſtituere actori, qui poſſeſſor eſt, & ſimul eodem momento eademque ſententia jubeat eum ipſum actorem reſtituere poſſeſſionem reo, qui dominus eſt & ſuperior in jure proprietatis. Qui hoc ridiculum eſſe negant, næ illi ipſi ſunt valde ridiculi. Illud autem abſurdum non eſt, ut lite poſſeſſionis prius deciſa, atque uni poſſeſſione, litis de proprietate ordinandæ gratia, tantiſper adjudicata, poſtea de proprietate idem Judex cognoſcens petitori, qui ſe dominum eſſe in hac lite probavit, poſſeſſionem reſtitui jubeat. Atqui hinc jam intelligimus hanc procedendi rationem non modo eſſe convenientiſſimam, ſed eſſe neceſſariam: quippe qua non obſervata locus ſit provocationi.

Non obſtat huic ſententiæ *l. cum fundum.* 18. *§. ult. ff. de vi & de vi armat.* Non enim negamus, quod illic dicitur, eum, qui rem vindicare cœpit, poſſe pendente judicio petitorio, hoc eſt, interim dum de poſſeſſione cognoſcitur, dilato, interdicto experiri: ſed negamus utrumque poſſe ſimul jungi, de utroque ſimul & eodem tempore Judicem poſſe cognoſcere & judicare. Atqui, inquies, is, qui ſemel actionem propoſuit, cogitur perſeverare ad finem uſque litis. *auth. qui ſemel. Cod. quom. & quando jud. ſent.* Reſpondeo, qui interdicto de poſſeſſione experitur, pendente rei vindicatione, & interim perſecutionem petitorii omittit, is non recuſat litem exercere de proprietate, ſed recuſat in ea lite partes ſuſtinere petitoris, ac ſe commodo poſſeſſoris frui vult, id quod jure poſtulat, cum ſit poſſeſſor, nec vindicando (forte per imprudentiam) renuntiaſſe poſſeſſioni videatur. *l. naturaliter.* 12. *§.* 1. *ff. de acq. poſſ.* Mirum autem in modum huic ſententiæ obſtare creditur textus in *l.* 6. *ff. de except. rei jud.* eoque contrariæ ſententiæ auctores præcipue nituntur, quaſi illuc Juriſconſultus aperte diceret judicium petitorium & poſſeſſorium diverſis quidem & ſeparatis actionibus proponi, ſed tamen unam ſententiam & unum judicati finem ſufficere, ut ad utrumque proſit una & eadem exceptio rei judicatæ. Mihi autem mira hæc videtur loci iſtius interpretatio, cujus ſimplex & plana, ſi qua ullius, ſententia eſt, nempe ſufficere ad exceptionem rei judicatæ rem quamque ſemel ſententia Judicis terminatam eſſe; nec debere eam ſententiam apud eundem Judicem retractari. Et obſtat magis hic locus contrariæ ſententiæ: quod & Anton. Matthæus in *diſput. ad l. ordinarii. C. de rei vind.* obſervavit. Nihil etiam adverſus ſententiam noſtram facit locus Juſtiniani in *Nov.* 4. *cap.* 2. *verſ. contra principales.* ubi licentia datur creditoribus adverſus principales debitores pignus pro debito obligatum poſſidentes utraque actione ſimul experiundi, & perſonali & hypothecaria, nam in cumulatione illa actionis perſonalis & hypothecariæ, de qua illic Juſtinianus, nihil eſt præpoſteri, ut contra eſſe oſtendimus in cumulatione interdicti cum rei vindicatione; ut ecce, ſi creditor eodem libello petat, ut aut centum, quæ ſibi ex contractu aliquo debentur, ſolvantur, aut pignus pro ea ſumma obligatum, cujus poſſeſſio penes debitorem ſit, ſibi reſtituatur, in hac cumulatione nihil eſt, quod ordinationem judicii ejusve exitum impediat; ſed probato debito, & pignoris pro eo conſtitutione, Judex debitorem aut ſolvere jubebit, aut pignus reſtituere. Utique enim, quod notandum, disjunctim petitio hic concipienda & libello complectenda eſt, ut aut ſolvat debitor, aut pignus reſtituat; non conjunctim, ut & ſolvat, & pignus reſtituat; cum ſolutione ejus, quod debetur, non tantum debitor ipſe, ſed etiam pignus liberetur. *l. in omnibus.* 43. *ff. de ſol.* cum ſimilibus. Alia urget Cujacius *lib.* 25. *obſerv.* 34. ubi ſic argumentatur: Si cœpto & pendente judicio in rem licet agere interdicto uti poſſideris, cur non & ab initio utrumque conjungere? Sed inquam non ſequitur, mutari actio poteſt, aut interim dum de alia re diſputatur, omitti: ergo cum altera ſimul jungi & dictari poteſt, quoniam mutatio nihil habet incommodi, *l.* 3. *C. de edendo.* conjunctio & cumulatio plurimum, ut ſupra probatum eſt. Inficiatio, inquit Cujacius, & exceptio conjungi poſſunt hoc modo. *Nihil debeo, & ut debeam, pacto mihi debitum remiſiſti:* ergo ita poteſt utraque actio conjungi, poſſeſſoria & petitoria: *Tu non poſſides, ſed ego; & ut tu poſſideas, rem meam eſſe ajo.* Sed mala & hæc Cujacii collectio eſt. Nam ſi reus, dum forte de intentione actoris dubitat, utatur & inficiatione & ſimul depulſione, nihil præpoſtere facit, aut quod judicii conſtitutionem exitumve moretur: ſed probatio-

nis

nis tum hic ordo eſt, ut prius de ſua intentione doceat actor, deinde ad probationem exceptionis tantiſper dilatam admittatur reus. *l.* 8. *l.* 9. *C. de except.* Sed nec quod reo, cui ſemper defendendi facultas, *l.* 5. §. *ult. ff. de dol. mal except.* permittitur, ut ſcilicet pluribus defenſionibus aut exceptionibus ſimul & eodem tempore uti poſſit, *l.* 5. *l.* 8. *ff. de except. l. nemo.* 43. *de reg. jur.* id continuo & actori concedendum, nempe ut is quoque ex contrario pluribus actionibus ſimul experiatur, ut jam evicimus. Deſtinanti rem petere ſuadet Gajus, ut videat num interdicto aliquo poſſeſſionem nanciſci queat, quo eam nactus in adverſarium transferat onus petitoris *l. is, qui.* 24. *ff. de rei vend.* Sed & qui jam cœpit rem vindicare, poteſt nihilominus experiri interdicto uti poſſidetis, *l. naturaliter.* 12. §. 1. *ff. de acq. poſſ.* At ex hoc loco non recte infertur cumulatio ſeu conjunctio utriusque judicii Nam his Juriſconſulti verbis: *Non denegatur interdictum uti poſſidetis, qui cœpit rem vindicare*, non hoc ſignificatur, poſſe utrumque judicium cumulari, unaque terminari ſententia, ut male putat *Fachin.* 8. *controv.* 6. ſed poſſe eum, qui vindicare cœpit, omiſſo tantiſper petitorio, & interim dum de poſſeſſione cognoſcitur, ſuſpenſo & dilato, interdicto experiri. *l. cum fundum* 18. §. *ult. ff. de vi & de vi arm.* ibi *pendente judicio.* Cæterum ex converſo pendente judicio poſſeſſorio, petitoria actio inſtitui non poteſt, quia prius poſſeſſionis cauſam decidi oportet, quam ad cauſam proprietatis veniatur. Plane ſi quis, dum animadvertit in petitorio ſe melius fundatum eſſe, poſſeſſorio renuntiare & ad cauſam proprietatis tranſire velit, non eſt dubitandum, quin id ei concedendum ſit: nec ſententia lata in poſſeſſorio præjudicium ullam petitorio facit. *l.* 14. §. *ult. ff. de except. rei jud.* Jus autem Pontificium hac in re diſcrepat à jure civili, quod Innocentius Tertius male intellexit, deceptus *l. cum fundum.* 18. §. 1. *ff. de vi & vi arm.* ut apparet ex *cap. paſtoralis. ext. de cauſ. poſſ. & propr.* ubi eodem judicio & interdicto recuperandæ ſeu adipiſcendæ poſſeſſionis & ſimul actione in rem experiri permittit, citato dicto juris civilis loco, aliis poſſeſſoriis judiciis, ut ipſe loquitur, in ſuo robore duraturis, quæ vindicationem dominii ſui natura præcedunt, qui & Martini & communis error fuit. Sic idem Pontifex in *cap. Raynutius. ext. de teſtament.* ſecutus eſt communem errorem de duarum quartarum detractione. Apud eundem *c. cum dilectus. de cauſ. poſſ. & propriet.* habes deridiculam illam ſententiam, quam ſupra exploſimus ad Donellum & Giſanium ad *l.* 3. *C. de interdict. Papon. lib.* 8. *tit.* 12. *arreſt.* 4. *Charond.* 4. *reſp.* 28.

CAP. XL.

Exceptio diviſionis qualis ſit, & quando proponenda?

PLures fidejuſſores ejuſdem rei aut pecuniæ debitæ in ſolidum ſingulos teneri, ſive id nominatim convenerit, ſive non convenerit, explorati juris eſt. *l. ſi plures.* 4. *Inſt. de fidejuſſ. l.* 3. *Cod. eod.* Neque hoc jus mutatum eſt *Nov. de reis promitt.* 99. unde *auth. hoc ita. C. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc ſententia eſt, eam conſtitutionem; quæ de duobus reis eſt, ad fidejuſſores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejuſdem pecuniæ accipiuntur, dubitari poteſt, qua mente id fiat, utrum ſicut ſolidum verbis, ita re quoque promiſiſſe videatur; an obligationem pro numero perſonarum dividi exiſtimaverint, cujus dubitationis cauſam ſuſtulit Juſtinianus, cavens ne plures ejusdem pecuniæ promittendi rei aliter in ſolidum ſinguli obligentur, quam ſi nominatim id actum ſit. At plurium fidejuſſorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cum horum ſinguli promittant id, quod reus debet, & quantum debet. Tenentur ergo ſinguli plurium fidejuſſorum in ſolidum, & in ſolidum ſinguli conveniri poſſunt. Cæterum hoc beneficium epiſtola Divi Hadriani illis tributum eſt, ut ſi quo tempore lis cum aliquo eorum conteſtatur, omnes ſolvendo ſint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur. *dict.* §. 4. *Inſtitut. de fidejuſſ. l ſi plures.* 27. *l* 3. *C. eodem.* Eſtque hoc beneficium, quod vulgo *diviſionis* appellatur: competitque non fidejuſſoribus tantum, verum etiam cæteris acceſſionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita eſt,

aut qui pro alio idem ſe ſoluturos conſtituerunt. *l. ultim. C. de pecun. conſtitut.* Locus autem eſt huic beneficio ſeu exceptioni dividendæ actionis, cum plures ſunt fidejuſſores. Et exploſus fuit Advocatus Leydenſis Tobias ex Alto, (inſignis alioqui & celebris practicus) qui huic exceptioni locum eſſe contendebat etiam ubi unus tantum fidejuſſor eſt, nempe ut actio inter reum principalem & fidejuſſorem divideretur: de quo integram ille conſultationem conſcripſit: ſed egregie confutatur textu *l. ſi plures. 27. §. ult. ff. de fidejuſſ.* Quid ſi in pluribus fidejuſſoribus accipiendis expreſſe convenerit, ut ſinguli in ſolidum teneantur? Nihilominus hoc beneficio gaudebunt, cum etſi hoc adjectum non eſt, ſinguli in ſolidum teneantur, nec conventio iſta conditionem juris & conſtitutionem mutat; poſtquam jure hoc fiat, ut inter fidejuſſores actio dividatur? *l. 3. C. fidejuſſ.* & ſecundum hoc Lutetiæ judicatum refert *Pap. l. 10. tit. 4. arreſt. 23.* Cæterum non aliter pluribus fidejuſſoribus auxilium diviſionis indulgetur, quam ſi confidejuſſores ſint, id eſt, ſi ut ejusdem ſummæ, ita & ejusdem debitoris ſint fidejuſſores: inter plures enim diverſorum debitorum, licet ejusdem ſummæ fidejuſſores, actio non dividitur, *l. ſi plures. 27. §. ult. l. ſi à Titio. 43. ff. eod.* Exemplo fidejuſſorum datur hoc beneficium & pluribus tutoribus, qui ſimul tutelam geſſerunt, aut quorum nemo geſſit, & ſolvendo ſunt. *l. 1. § nunc tractemus. 10. & ſeqq. ff. de tut. & rat. diſtr. l. ſi plures. 38. & ibi DD. ff. de admin. tut. Paul. Mont. tract. de jur. tut. cap. 39. num. 149.* Datur & plurium tutorum fidejuſſoribus. *l. 6. l. 7. ff. de fidejuſſ. & nominat. tut.* pluribus aut unius tutoris fidejuſſoribus non datur. *l. ult. ff. rem pup. ſalv. for.* ubi & ratio. Enimvero in hac diviſione notandum eſt, dividi obligationem inter plures fidejuſſores non ipſo jure, ſed ope exceptionis. *l. inter fidejuſſores. 26. ff. de fidejuſſ.* Inter quæ multum intereſt. Nam ſi ipſo jure obligatio diviſa eſſet, id eſt, ſi ſinguli partes tantum viriles ipſo jure deberent in ſolidum nemo eorum conveniri poſſet, quantumvis forte aliqui non eſſent idonei. Quin & ſi quis ſolidum ſolviſſet, partem condicere, tanquam plus debito ſolutum, non prohiberetur: quod utrumque ſecus ſe habere oſtendit *dict. l. inter fidejuſſores & l. ſi teſtamento. 49. §. 1. ff. eod.* Porro duæ ſunt conditiones ſub quibus beneficium diviſionis fidejuſſoribus indulgetur; una eſt, ſi fidejuſſores non negent ſe fidejuſſores eſſe: inficiantibus enim auxilium diviſionis dari non placuit, *l. ſi dubitet. 10. §. 1. ff. eod.* Altera eſt, ſi omnes fidejuſſores idonei, hoc eſt, ſolvendo ſint, quo tempore lis conteſtatur. *§. ſi plures. Inſtit. l. inter eos. 51. §. 1. ff. eod.* Quod placet in hac re ſpectari tempus litis conteſtatæ, id eo pertinet, primum ut ſciamus, ſi quis è fidejuſſoribus eo tempore ſolvendo non ſit, id cæteris qui ſolvendo ſunt, non prodeſſe: deinde ſi omnes tempore litis conteſtatæ ſolvendo fuerint, & poſtea aliqui minus idonei eſſe cœperint, quamvis ante ſententiam eam rem ad onus eorum, qui ſolvendo ſunt, non pertinere. *dict. l. inter eos. §. penult. dict. §. ſi plures.*

De illo non convenit, quando exceptio diviſionis opponenda ſit, poſtulandumque, ut actio dividatur. Petrus de Bellapert. putavit hanc exceptionem opponi debere antequam lis cum uno ex fidejuſſoribus conteſtata ſit; quem & Cynus & alii ſecuti ſunt. Moventur primum eo, quod in *§. ſi plures. Inſt. de fidejuſſ.* dicitur compelli creditorem partem à ſingulis fidejuſſoribus, qui modo ſolvendo ſunt tempore litis conteſtatæ, petere: ſi quis autem eo tempore ſolvendo non ſit, hoc cæteros onerare: unde recte ſibi viſi ſunt colligere, eodem quoque tempore hanc exceptionem opponendam petendamque actionis diviſionem. 2. Per *l. liberum. 16. C. de fidejuſſ.* ubi diſerte ſcriptum eſt, poſt litis conteſtationem petitionem diviſam redintegrari juris rationem non pati: ex quo iterum, ut ſupra, colligunt, poſt litem conteſtatam exceptioni diviſionis locum non eſſe. 3. Ex eo quod fidejuſſori inficianti beneficium diviſionis denegatur. *l. ſi dubitet. 10. §. 1. ff. eod.* litis autem conteſtatio non niſi negativè à parte ejus qui convenitur fieri poteſt. *l. 2. C. de jurej. propt. cal. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de jud.* Sed verius eſt, quod & communiter placuit, etiam poſt litem conteſtatam diviſionis exceptionem opponi poſſe & ſufficere, ſi quandoque ante ſententiam allegetur. *l. fidejuſſ. 10. §. 1. C. eod.* ubi Alexan. Imp. Vitali ita reſcribit: *Ut is, qui cum altero fidejuſſit, non ſolus conveniatur, ſed dividatur actio inter eos, qui ſolvendo ſunt, ante condemnationem ex ordine poſtulari ſolet.* Frivolum autem eſt quod reſpondent exceptionem, quæ ante litem conteſtatam opponitur,

ponitur, utique etiam opponi ante ſententiam ſeu condemnationem; nam utique hoc falſum eſt, exceptionem, quam ante ſententiam opponi ſufficit, eam opponendam eſſe ante litis conteſtationem. Ait Imperator, *ex ordine poſtulari ſolet,* id eſt ſervato ordine earum defenſionum, quæ fidejuſſoribus competere ſolent. Fieri enim poteſt, ut fidejuſſor in ſolidum conventus plures habeat defenſiones, aut ſaltem plures alleget, v. c. ſi dicat ſe non teneri, quia reus principalis liberatus ſit, vel ipſo jure, vel per exceptionem, aut ſi ex ſua perſona utatur exceptione vel pacti, vel jurisjurandi, &c. His autem defenſionibus cum ſe excluſum videt, recte atque ordine ad hanc exceptionem confugit, ac deſiderat, ut pro parte tantum conveniatur. Hoc vero poſtulari poteſt & ſolet ante ſententiam ſeu condemnationem, ut verba reſcripti habent. Non obſtat *dict. §. ſi plus res. Inſtit. de fidejuſſ.* neque enim hoc ibi dicitur, exceptionem hanc proponendam eſſe, ante litem conteſtatam: ſed hoc ſolummodo, ſi tempore litis cum uno conteſtatæ quidam non ſint ſolvendo, hoc ad onus cæterorum pertinere. Quamvis autem hæc exceptio poſt litem conteſtatam allegetur, non eo tamen minus actio inter eos dividi poteſt, qui tempore litis conteſtatæ ſolvendo fuerunt, & dividenda eſt, ſi is qui hac exceptione utitur, probet alios quoque eo tempore ſolvendo fuiſſe. *l. inter eos.* 51. *§.* 1. *ff. eodem. Mantic: de tac. & ambig. conv. lib.* 16. *tit.* 19. *num.* 2. In *dict. l. liberum.* 16. *C. eod.* proponitur caſus, quo creditor cum omnibus fidejuſſoribus ſimul egit, cum ſingulis autem pro parte; atque ita actionem ſuam inter fidejuſſores pro parte cum ſingulis agendo ipſe ultro diviſit. Eum autem, qui hoc fecit, reſpondet Gordianus non poſſe poſt litis conteſtationem actionem diviſam inſtaurare, hoc eſt, ab eo, qui pro parte conventus erat, ſolidum non poſſe petere ex perſona eorum, qui ſolvendo non ſunt, aut ab initio ſolvendo non fuerunt: quia creditor actionem inter fidejuſſores ſponte ſua dividendo ſolidi petitioni renuntiare intelligitur: ac proinde beneficium epiſtolæ ad hunc non pertinet. Non movet, quod nemo litem conteſtando deteriorem conditionem ſuam facit. *l. non ſolet.* 86. *& ſeqq. ff. de reg. jur.* Neque enim litis conteſtatio hoc, quod dicimus, efficit, ſed actionis diviſio; quamvis illa non niſi lite cum ſingulis pro parte conteſtata dividatur. Nimis autem leve eſt, quod ex *l.* 10. *§.* 1. *ff. de fidejuſſor.* objicitur, fidejuſſori inficianti auxilium epiſtolæ non indulgeri: quippe cum non ſimplex inficiatio, fidejuſſores ab hoc beneficio removeat, puta ſi negent ſe teneri; ſed ſi negent ſe fidejuſſores eſſe, ſi inficientur ſe fidejusſiſſe. Non utor ad confirmationem noſtræ & communis ſententiæ argumento vulgari, quod exceptio diviſionis ſit exceptio peremptoria: quod quidem etſi verum eſt, licet Gloſſa hæſitet, & magis putet eſſe anomalam: utique enim perimit intentionem creditoris pro parte; nec ad onus aliorum pertinet, quod actione diviſa quidam poſt litem conteſtatam ſolvendo eſſe deſierunt. *l. inter eos.* 51. *§. pen. eod.* dubito tamen an verum ſit, quod vulgo traditur, exceptiones peremptorias etiam non conteſtatas in ſtrictis judiciis uſque ad ſententiam recte opponi, propter *l* 9. *C. de præſcript. longi temp. l.* 8. *l.* 9. *C. de except. junct. l. ut fundus. ff. comm. divid.* quanquam id hodie ſublato fere judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris diſcrimine admitti poteſt. Sed ut etiam exceptiones peremptoriæ initio litis conteſtandæ ſint, ut ita demum poſtea ad probationem & diſceptationem recte opponantur, quod ſatis aperte loca citata oſtendunt: Vid. *Donell ad l.* 8. *C. de except.* ſciendum tamen eſt, quæ de exceptionibus in exordio litis conteſtandis illic dicuntur, ea pertinere duntaxat ad exceptiones facti, quibus aliquid factum intendimus, quod proinde etiam probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus.* 19. *ff. de probat.* quæ enim facti quæſtionem habent, non poſſunt intelligi in judicium deduci niſi facti conteſtatione. Diverſa autem cauſa eſt exceptionum juris, hoc eſt, earum quæ alicui conditione ipſa perſonæ jure tribuuntur, qualis eſt exceptio diviſionis fidejuſſoribus epiſtola D. Hadriani tributa: quod genus conteſtari neceſſe non eſt, ſed quandoque ante condemnationem allegari ſufficit. Nam auxilium diviſionis ſatis ſub appellatione & perſona fidejuſſoris in judicium deducitur, cum fidejuſſori jure tribuatur hoc ipſo, quod fidejuſſor eſt. Jam autem quæ juris ſunt, ea ad officium judicis pertinent, etiam ſi nominatim à partibus petita non ſint. *l. un. C ut quæ deſ. adv. part. jud. ſuppl.* & multo magis igitur, ſi petita erunt, ut hoc beneficium poſtulari debere dicimus. Quidam putaverunt exceptionem diviſionis etiam poſt ſententiam opponi poſſe in executione judicati, & hic etiam hæſitat Accurſius. Sed bene *DD. comm. in dict. l.* 10, *Cod. de fidejuſſ.*

 Gomez. 2.

Gomez. 2. var. reſol. cap. 13. *n.* 15. *Zanger. tract. de except part.* 3. *cap.* 19. *n.* 4. id negant. Cur enim diceret Imperator, ante condemnationem poſtulari ſolere, ut actio dividatur, ſi idem poſtulare liceat etiam poſt ſententiam, cum jam is, cum quo actum eſt, in ſolidum eſt condemnatus. Sane ratio juris non patitur, ut actio judicati creditori ſemel in ſolidum quæſita adverſus eum, qui ſe paſſus eſt in ſolidum condemnari, poſtea parte duntaxat oblata ei invito adimatur, per *l. ult. ff. de pact. l. habere.* 57. *in fin. ff. de evict.* quanquam hoc non obſtante recte defenditur, poſſe hanc exceptionem opponi in ſecunda inſtantia, licet poſt priorem ſententiam: quia appellatio ſuſpendit, imo extinguit judicatum, & reponit rem in eum ſtatum, in quo erat ante ſententiam. *l.* 1. *§. ult. ff. ad ſenat. Turpill. Sichard. in d. ct. l.* 10. *num.* 13. *C. de fidejuſſ. Zanger. & Gomez. ubi ſupra.* Nihil adverſus hæc facit, quod exceptio cedendarum actionum etiam poſtquam unus è fidejuſſoribus condemnatus eſt, opponi poteſt. *l. ſi fidejuſſores.* 41. *§.* 1. *ff. de fidejuſſor.* Nam illa non oppugnat ſententiam, neque minuit jus victoris. Multum quippe intereſt, utrum fidejuſſor condemnatus poſtulet adhuc actionem dividi cum reliquis fidejuſſoribus, an actionem adverſus eos ſibi cedi. Nam qui diviſionem poſtulat, is contra ſententiam poſtulat, ne ſolidum ſolvat: qui ceſſionem deſiderat, is declarat ſe paratum eſſe ſolidum ſecundum ſententiam ſolvere, dum ſibi adverſus cæteros fidejuſſores conſulatur. Similiter quod in exceptionibus peremptoriis SCtorum Vellejani & Macedoniani, quæ publicæ utilitatis cauſa maxime introductæ ſunt, placuit, ut hæ etiam poſt ſententiam opponi poſſint. *l. tamen.* 11. *ff. de ſenat. Maced.* id nequaquam cum Jacobo de Butrio ad exceptionem diviſionis trahi debet. *Sichard. in dict. l.* 10. *C. de fidejuſſ. num* 10. Nihil denique contrarii habet reſponſum Papiniani in *l. inter eos,* 51. *§. ult. ff. eod.* Loquitur enim de fidejuſſore damnato non nomine fidejuſſionis, ſed damnato capitis, ita ut propter damnationem bona ejus fiſco vindicarentur: quo caſu poteſt quidem adhuc creditor adverſus alios fidejuſſores jus ſuum exequi: ſed hic fidejuſſores recte poſtulabunt, ut inter eos, qui ſolvendo ſunt, actio dividatur in quo numero etiam fiſcum, qui damnato ſucceſſit, & heredis loco eſt, habendum ſcribit Papinianus.

CAP. XLI.

An fidejuſſor ad certum tempus acceptus eo tempore elapſo obligatus maneat, & quomodo?

ELegans quæſtio eſt, an fidejuſſor, qui ad tempus pro aliquo ſpopondit, exacto eo tempore adhuc teneatur, & quomodo. Putamus autem in hac quæſtione recte ſentire eos, qui negant poſt tempus definitum fidejuſſorem ſine novo ejus conſenſu vel ex repetito cum debitore contractu, vel omnino in futurum obſtringi: in præteritum vero, ſeu reſpectu obligationis, pro qua intervenit, efficaciter obligatum manere. Exempli gratia, Matth. Colerus, ut ipſe de ſe teſtatur, *de proceſſ. exec. p.* 1. *cap.* 10. *num.* 310. pro officiali quodam & rationibus ejus in annum fidejuſſerat. Expleto eo ſpatio, officium prorogatum, ſive ut nunc loquuntur, officiali continuatum eſt inconſulto Colero fidejuſſore. Hic dicimus Colerum ex fidejuſſione ſua teneri quidem etiam poſt annum, quod officium reo prorogatum eſt, ſed tantum de periculo temporis præteriti, ſeu prioris anni, quo ſolo fidejuſſor fuit, non autem temporis futuri ſeu annorum inſequentium. Igitur hoc primum dico, fidejuſſorem, qui ad certum tempus ſe obligavit, finito eo tempore, in poſterum non teneri, nec ex novo ſeu iterato cum debitore contractu obligari. Si ratio hujus aſſertionis quæritur, certum eſt eum, qui ad tempus fidem ſuam interponit, nolle poſt id tempus obſtringi: at extra verba & conventionem fidejuſſio non eſt extendenda, cum ſit contractus ſtricti juris. *l. quidquid.* 99. *ff. de verb. oblig. Hering. de fidejuſſ. cap* 2. *num.* 50. *& cap.* 24. *num.* 33. Et in univerſum obligatio limitata ad certum tempus non poteſt invito obligato in longius tempus prorogari, ut bene

Ferraſſ.

Ferrar. in form. libell. cont. plur. reos debent. verſ. ſolutionem facere recuſaverunt. num. 2. Hinc reſcriptum eſt, fidejuſſorem, qui in certum tempus judicio ſiſti aliquem promiſit, in tantum tempus duntaxat teneri, in quantum ſe obligavit. *l. ſi fidejuſſor. 27. verſ. niſi in certum tempus. C. de fidejuſſor.* Et reſponſum, ſi in primo compromiſſo per fidejuſſores cautum fuerit, & iidem in ſequenti fidejubere noluerint, alios in eo adhibendos. *l. Labeo. 25. §. ult. ff. de recept. arbitr.* Si auctoritas quæritur, notabilis & apertus in hanc rem textus eſt in *l. ſi cum Hermes 7. C. de locat.* ubi cum quidam pro alio conductionis temporalis nomine fidem ſuam obligaſſet, & conductor finito tempore conductionis ſine conſenſu fidejuſſoris in conductione detineretur, diſerte reſpondet Alexander, fidejuſſorem non oportere de poſterioris temporis periculo adſtringi: nempe quoniam alia nova hic conductio, finita priore, intervenit. *l. qui ad certum. 14. ff. locati.* & conſequenter nova obligatio, cujus periculum ad fidejuſſorem prioris obligationis ſine novo ipſius quoque conſenſu pertinere non poteſt. Atqui, ajunt nonnulli, pignora prioris obligationis in reconductione obligata manent. *l. legem. 16. Cod. de locat.* pignorum autem & fidejuſſorum par cauſa eſt. *l. promiſſor. 21. §. ult. ff. de pec. conſtit. l. 1. §. jubes autem. 9. ff. de collat. l. 4. §. adduci. 8. ff. de fideic. libert.* Reſpondeo, renovata tacite conductio cum vinculis pignorum renovata cenſetur, ſed nempe ipſius conductoris, qui ultro ſe in nova obligatione conſtitui paſſus eſt, non autem ſi alius pro eo in priore conductione res obligavit, ſine novo hujus conſenſu. *l. item quæritur. 13. §. ult. ff. locat.* ac proinde nec prioris conductionis fidejuſſores ea renovata ſine novo & expreſſo eorum conſenſu in futurum obligantur.

Neque hic nobis objiciat quis, tempus non eſſe modum tollendi obligationem: *l. obligationem. 44. §. 1. ff. de oblig. & act.* nam cum fidejuſſoris obligatio certo tempore circumſcribitur & limitatur, id non tam eo ſpectat, ut tempore obligatio finiatur; quam ut ne poſt illud tempus aut pro alterius temporis obligatione fidejuſſor teneatur: quemadmodum ſi cum ducenta deberentur, in centum fidejuſſor datus eſt, nemo dixerit fidejuſſionem reſpectu reſidui finitam eſſe: at ſicut ſumma, ita & dies pars eſt ſtipulationis. *l. 1. §. 2. ff. de edend. Anton. Faber. Cod. ſuo for. de fidejuſſ. defin. 25. Valent. Reimer. quæſt. illuſtr. deciſ. 10. cap. 4. Hering. dict. tract. cap. 20 §. 18. num. 4. & 5.* Et utique alias in omnem eventum tueri ſe poterit fidejuſſor exceptione pacti conventi vel doli mali. *dict. l. 44. §. 1. ff. de oblig. & act. l. eum qui. 56. §. qui ita. 4. ff. de verb oblig.* In tantum autem hæc vera eſſe arbitramur, ut etſi fidejuſſor cautionem ſibi reddi poſt repetitum contractum non poſtulaverit, nihilo magis ex nova obligatione teneatur. Quippe fidejuſſio nunquam fit tacite citra verba & ſtipulationem. *l. 5. §. 2. ff. de verb oblig. l. blanditus. 12. C. de fidejuſſ.* & tralatitium eſt in fidejuſſionibus ſtipulationem loco formæ eſſe. *Hering dict. tract. cap. 11. num. 1. & ſeqq.* quod ideo hic notare viſum, ne quis putet fidejuſſori neceſſariam hic eſſe aut proteſtationem aut cautionis repetitionem, propterea quod in *dict. l. ſi cum Hermes. C. de locat.* mentio fit repetitæ à fidejuſſore cautionis: neque enim hoc ideo memoratur, quia id neceſſarium, ſed quia factum fuit: cujuſmodi ſexcenta alia ex facti contingentia in Codice narrantur à Conſultoribus, & in reſcriptis iterantur, quæ tamen ad cauſæ deciſionem nihil aut parum faciunt, ut vel leviter in jure verſatis notum eſt. Sic etiam Colerus loco ſupra citato cautionem ſuam fidejuſſoriam ſe repetiiſſe memorat, non quia id neceſſarium putavit, ſed quia id fecerat, dubitationis omnis ſcilicet tollendæ gratia. Quod vero prorogatione ſolutionis non liberetur fidejuſſor, qui ad certum tempus ſe obligavit, id longe aliam rationem habet: multum enim intereſt inter prorogationem ſolutionis, quæ fit ſalva obligatione principali, & prorogationem quam vocant obligationis, quæ eſt obligationis finitæ novo contractu interveniente renovatio. Sed de eo uberius in *quæſt. ſeq.* Ex converſo autem dicimus fidejuſſorem in propoſito firmiter obligatum manere in præteritum, id eſt, nomine ejus, quod ex cauſa prioris contractus, pro quo intervenit, deberi cœpit. Quoniam licet prior ille contractus expiraverit, obligatio tamen ex eo contractu nata adhuc manet, & tamdiu durat, donec creditori ſolutum aut aliter ei ſatisfactum ſit. Neque enim tempore obligationes pereunt. *l. obligationum. 44. §. 1. verſ. placet etiam. ff. de oblig. & act.* niſi poſt triginta annorum curriculum *l. 3. C. de præſcr. 30. ann. l. 1. §. 1. Cod. de annal. except.* adde *l. ſi alienam. 9. §. omnis pecunia. 3. ff. de pign. act. l. grege. 13. §. etiam. 4. ff. de pignor.* facit *l. nemo poteſt. 35. & l. ſeqq. ff. pro ſoc.*

cum ſimilibus. Sed & firmum hujus aſſertionis argumentum duci poteſt ex *d. l. ſi cum Hermes. C. de locat.* Nam cum Imp. illic ſic reſcribat, non oportere fidejuſſorem ad certum tempus obligatum de poſterioris temporis periculo adſtringi, hoc ipſo non obſcure ſignificat eum adſtringi periculo temporis prioris: cui ſimile habemus in *l. ult. C. in quib. caſ. tut. hab.* Nimirum unius excluſio alterius eſt incluſio. *l. cum Prætor.* 12. *ff. de judic. l. ex eo.* 18. *ff. de teſtib.* Et argumentum à contrario ſenſu valide procedit. *l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. juriſd.* niſi aut manifeſta juris ratio aut expreſſi textus refragentur *Praſ. Everh in loc. legal. loc.* 82. *n.* 4. Sic fidejuſſio dicitur in tantum tempus extendi, in quantum atteſtatio fuerit expreſſa. *l. ſancimus* 27. *verſ. tunc enim. C. de fidejuſſ.* venditor, qui ſe periculo ſubjecit deſignato tempore, in id tempus periculum ſuſtinere, quoad ſe ſubjecit. *l.* 1. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Denique æque iniquum foret, verbi cauſa, fidejuſſorem conductionis in quinquennium factæ teneri ea renovata de ſexti anni penſione, quam iniquum foret eum renovatione conductionis liberari in quinquennium præteritum. Alia autem cauſa eſt novationis, ſeu prioris debiti in aliam obligationem converſionis, hoc eſt, cum ex præcedenti cauſa ita nova conſtituitur obligatio, ut prior perimatur *l.* 1. *ff. de novat § præterea.* 3. *Inſt. quib. mod toll oblig* quippe cujus rei hic effectus eſt, ut etiam acceſſiones, & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, quaſi ſolutione facta, *l. ſi rem.* 31. *§.* 1. *verſ. eo magis. ff. de novat* ſimul evaneſcant, & conſequenter, ut non in futurum tantum, verum etiam in præteritum fidejuſſores prioris obligationis liberentur. *l. ſi creditor.* 15. *l. novatione.* 18. *l. aliam.* 29 *ff. de novat. l. in omnibus* 43. *ff. de ſolut l ubicunque* 60. *ff. de fidejuſſ. l.* 4. *C. eod.* Conſentiunt *Hering. tract. de fidejuſſ. c.* 20. *§.* 18. *n.* 4. *& ſeqq junct. §.* 2. *n* 5. 6. 7. *Ant Fab. Cod. for. de fidejuſſ. dec.* 25. *Specul. lib.* 4. *part.* 3. *fidejuſſ. §.* 1. quanquam obſcure loquitur *Valent. Reimer. dec.* 10. *quæſt. illuſtr. cap.* 4.

CAP. XLII.

An prorogatio termini ſolutionis liberet fidejuſſorem?

Vicina ſuperiori, ac tantum non ex iiſdem fundamentis juris decidenda quæſtio eſt, an prorogatione termini ſolutionis, id eſt, ſi creditor debitori ignorante fidejuſſore tempus ad ſolvendum præſtitutum prorogaverit, fidejuſſor liberetur. Speculator *lib.* 4 *part.* 3. *tit. de fidejuſſ. §.* 1. *verſ. illud autem quæritur. & ibi Joan. Andr. in addit. Ferrar. in form. libell. contr plur. reos debend. §. ſolutionem facere recuſaverunt, aliique relati apud Berlich. part.* 2. *concl.* 25. *n.* 2. putaverunt prorogatione temporis ad ſolvendum conſtitui liberari fidejuſſorem ſine ulla diſtinctione. Alii vero diſtinguunt, utrum fidejuſſor ſimpliciter ſine adjectione temporis fidem ſuam interpoſuit, an vero ad certum duntaxat tempus ſe obligavit: priore caſu negant prorogatione ſolutionis effici, ut fidejuſſor liberetur, poſteriore autem caſu contendunt data prorogatione termini fidejuſſorem liberari. Et hæc eſt communis Interpretum opinio, ut videre eſt apud *Gomez. lib.* 2. *var. reſolut. c.* 13. *n.* 21. *Fachin lib.* 2. *contr* 88. *Hering. tract. de fidejuſſ. c.* 20. *§.* 12. *num.* 2. *&* 3. *Berlich d. p.* 2. *concl.* 25. *num.* 18 cui etiam Fachinæus & Berlichius aſſentiuntur. Sed verius eſt neutro caſu prorogatione ſolutionis liberari fidejuſſorem: nec ullus in jure noſtro locus produci poteſt, quo contrarium probetur, ſive fidejuſſio tempore determinata ſit, ſive indeterminata. Abutuntur autem Interpretes locis quibuſdam, veluti *l. cum Hermes* 7. *C de locat. l. item quæritur.* 13. *§. ult. ff eodem.* quippe quibus locis non agitur de prorogatione ſolutionis, ſed de obligationis, pro qua fidejuſſor intervenerat, finitæ renovatione: nec illud dicitur fidejuſſorem renovata obligatione liberari: ſed renovatæ obligationis periculum ad eum non pertinere: cæterum ex priore contractu obligatus eſſe propterea non deſinit, ut ſuperiore capite plene demonſtravimus. Igitur ſi debitori, qui ad certum diem ſe ſoluturum promiſerat, eoque nomine fidejuſſorem dederat, creditor inſcio fidejuſſore facultatem ſolvendi in longius tempus prorogavit, negamus idcirco fidejuſſorem liberatum videri: cum principalis obligatio ſalva maneat. Non enim tempus in obligatione fidejuſſoris appoſitum eſt ad finiendam aut limitandam obligationem, quo caſu aliud dicendum eſſet, reſpectu

periculi

periculi ſequentis temporis; *d. l. ſi cum Hermes. C. de locat.* ſed ad faciendam ſolutionem & exactionem. *Gabriel. lib. 3. comm. opin. tit. de fidejuſſ concl 3. Coler. de proceſſ. execut. p. 1. c. 10. num. 2. 98. & ſeqq.* Nec durior ſit conditio fidejuſſoris. Nam ſi jamdiu in obligatione manſit, nec diutius manere velit, poteſt ille ſibi conſulere ordinario juris remedio, quemadmodum & ſi reus labi facultatibus inciperet. *l. Lucius. 38. ff. mandat. l. ſi pro ea. 10. C. eod. c. ult. ext. eod.* Quod ſi nec ſolvere ipſe velit, nec petere adhuc poſſit, ut à fidejuſſionis periculo eximatur, boni conſulere debet, quod dilationis reo conceſſæ beneficium ſibi commune futurum ſit, ut tardius ad ſolutionem urgeatur: nam dilatio reo data, danda etiam eſt fidejuſſori. *l. ult. §. 1. C. de uſur. rei jud. l. ſi unus. 27. §. 1. ff. de pact* qui proinde, & ipſe tanto plus habiturus ſit intermedii temporis & ſpatii ad ſolvendum *l. quod certa. 70. ff de ſolut. Ant. Fab. C. ſuo for. tit. de fidejuſſ. defin. 25. Hering. d. tract. c. 20. §. 1. n. 6. & ſeqq.*

Hoc igitur poſito, quod prorogatio termini ſolutionis tantum differat exactionem, & manente principali obligatione moram debitoris duntaxat tollat, quæ alias & fidejuſſori, maxime in omnem cauſam obligato, noceret. *l. ſi quis 24. §. 1. ff. de uſur. l. mora 88. ff. de verb. oblig. l. quæro. 54. ff locat.* neceſſario ſequitur prorogatione non liberari fidejuſſorem, ſed manere obligatum, ſive ſimpliciter, ſive cum adjectione temporis ſe obſtrinxerit: nam prorogatio fit cum omnibus ſuis acceſſoriis & qualitatibus. *Gomez. & Coler. ubi ſupra Perez ad Cod. tit. de fidejuſſ. n. 44.* nec ulla hic intervenit aut obligationis finitæ repetitio, ut poſſit dici in futurum liberatus, ſicut in caſu *l. ſi cum Hermes C. de locat.* aut novatio, per quam prior obligatio tollatur, & nova in locum ſublatæ verbis ſtipulationis ſubſtituatur, ut poſſit dici pleniſſime atque etiam in præteritum liberatus; qui novationis effectus eſt. *l. novatione. 18. ff. de novat. l. ubicunque. 60. ff. de fidejuſſ. l. 4. C. eod.* Reſpondet Berlichius, regulam illam, quod prorogatio ſecum trahit acceſſiones, de iis tantum acceſſionibus intelligendam eſſe, quæ ab ipſis contrahentibus dependent. *arg. l. item quæritur. 13 §. ult. ff. locat.* Sed non animadvertit hac reſponſione effici, ut & fidejuſſor, qui ſimpliciter ſine adjectione temporis intervenit, prorogatione termini liberetur: quod tamen & ipſe negat & perſpicue falſum eſt. Quod ſi quis dicat fieri poſſe, ut data dilatione ad ſolvendum debitor interim labatur facultatibus: iniquum autem videri, ut factum creditoris fidejuſſori noceat; is ſciat è contrario etiam fieri poſſe, ut debitor interim facultatibus augeatur, & prorogatio fidejuſſori proſit; denique dilationes hujuſmodi, ex humanitate fere indulgeri ſolere ad petitionem debitorum, quibus in præſentia ſolutio difficilis, ut interea temporis pecuniam conficere & ſolutionem expedire queant. *l. promiſſor. 21. §. 1. ff. de pecun. conſtit.* & ſimilib. unde porro & ipſe fidejuſſor hoc commodum ſentit, ut nec ille toto eo tempore, quamvis novo beneficio, exceptioni videlicet ordinis & excuſſionis, renuntiaverit, conveniri poſſit. Denique poteſt fidejuſſor, reo moram nectente, ipſe in tempore ſolutionem offerre, & quod pro eo ſolvit, actione mandati, dum adhuc idoneus eſt, repetere. *l. idemque. 10. §. fidejuſſores. 11. ff. mandat. l. mora. 88 ff. de verb. oblig.* Errant autem illi, qui putant fidejuſſorem liberari, ſi creditori denuntiaverit, ut debitorem in tempore ad ſolvendum compelleret, iſque dum ceſſat, debitor deſierit eſſe ſolvendo. Nam in fidejuſſore ſubſidiario (quem vulgo fidejuſſorem indemnitatis, quanquam improprie, vocant) ſingulare hoc eſt, ut ſi creditorem opportune commonuit de exigendo debitore, & creditore ceſſante debitor fortunis exutus eſt, recte recuſet actionem contra ſe creditori dari. *l. ſi fidejuſſores. 41. pr. ff. de fidejuſſ.* Secus autem eſt in fidejuſſore ſimplici, per textum expreſſum in *l. ſi fidejuſſor. 62. ff eod.* Nec obſcura eſt diverſi juris ratio. Nam fidejuſſor indemnitatis non idem promittit, quod reus debet, ſed quod à reo ſervari non poterit: ut hujus fidejuſſoris obligatio conditionalis ſit, nec prius ex natura conventionis cum eo agi poſſit, quam facultates rei ex cauſa judicati excuſſæ ſint, ut certo conſtet eum non habere, unde ſolvat. *l. decem ſtipulatus. 116. ff. de verb. oblig* Quare ſi talis fidejuſſor, quod ei conditio ſtipulationis promittit, creditorem tempeſtive monuerit, ut debitorem exigeret, & creditore ceſſante, ille poſtea ſolvendo eſſe deſierit, perinde hoc habendum ac ſi non contigiſſet, quoniam ſuum à debitore ſervare potuit, & monitus debuit. *arg. l. factum cuique 155. & l. 161. ff. de reg. jur.* At cæteri fidejuſſores idem, quod reus principalis, promittunt, & ſtatim ab initio una cum reo obligantur, ut nulla ſit in hujuſmodi fidejuſſoribus conditio, quæ creditorem certo tempore

cum reo agere cogat, & ceſſantem cum fidejuſſore agere prohibeat. *Zaſ. Donell. Coſtal. & D comm. in l. ult. ff. de reb. cred. & in d. l. decem ſtipulatus. ff. de verb. oblig. Gail. 2. obſ. 27. n. Gomez. 2. reſolut. c. 13. n. 9.* Cæterum aliud dicendum videtur poſt conſtitutionem Juſtiniani fidejuſſoribus non conveniendis, niſi poſt reum principalem excuſſum. *Nov. 4. auth. præſente. de fidejuſſ.* ut jam omnis fidejuſſor, propter beneficium ordinis & excuſſionis, in ſubſidium ol gatus videri poſſit, niſi huic beneficio renuntiaverit, & conſequenter, ſi denuntiaverit credito ut debitorem in tempore conveniret, & illo moram interponente debitor inidoneus factus rectè eum poſtulare, ne contra ſe actio detur. *arg. d. l. ſi fidejuſſores. 41. ff. de fidejuſſ. ita Gome d. c. 13. n. 9. poſt Baldum in l. ult. ff. de reb. cred. Paul. Caſtr. in d. l. ſi fidejuſſores. col. 1. Panor in C. fin. ext. de fidejuſſ.* Sed vix eſt, ut hoc iis largiri poſſim. Neque enim hoc vult Juſtini nus *d. Nov. 4.* ut fidejuſſores ſimpliciter accepti id quod promiſerunt, debeant ſub conditione, creditor id à reo ſervare non poſſit: ſed cum ſimpliciter, ut ante, obligati maneant, hoc ben ficium iis tribuit, ut non prius à creditore efficaciter conveniri poſſint, quam ille cum reo prin pali egerit, eumque excuſſerit. Quamobrem dum creditor hoc faciat aliquando, ſatisfacit co ſtitutioni: nec ab illo exigendum, ut certo tempore præciſe cum reo experiatur, contra forma ſtipulationis, & veteris juris, quod proponitur in *l. ſi fidejuſſor. 62. ff. de fidejuſſ.* nec *d. Nov.* mutatur, rationem: denique contra regulam vulgo receptam, ut nemo invitus agere cogatu *tit. C. ut nem. invit. ag. vel accuſ. cog.* Plures differentias inter fidejuſſorem ſimplicem & ſubſidiarium, quæ hodieque manent, reperies apud *DD. in l. ult. pr. ff. de reb. cred.* præſertim apud Zaſium *ibid. n. 3. & ſeqq.*

FINIS.